This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL OYTP K

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 30, 1902

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Decker, Dr. Voswinckel und Heinsius.

59. Band.

Fünfte Folge.

Neunter Band.

Berlin,
Carl Heymann's Verlag.

1868.

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Decker, Dr. Voswinckel und Heinsius.

Neunundfunfzigster Band.

(Fünfte Folge: Neunter Band.)

Berlin,
Carl Heymann's Verlag.

1868.

Digitized by Google

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

I. Plenar-Beschlüsse.

No. I. Kurze Verjährung . . . . . S. 1.

II. Senats-Entscheidungen.

1. Allgemeines Recht.

No. 1. s. Provinzialrecht.
No. 2. Desgleichen.
No. 3. Verpflichtung zur Unterhaltung von Grenzzäunen S. 43.
No. 4. Zeitpunkt der Rechtskraft eines Todeserklärungsurtels. Beschränkung des Grundsatzes: locus regit actum, auf die Form des Rechtsgeschäftes. . . . . S. 49.
No. 5. Verjährung durch Besitz. . . . . S. 61.
No. 6. Collision zwischen Eigenthums- und Hypotheken-Prätendenten. . . . . S. 70.
No. 7. Obrigkeitliche Regulirung bei Gründung neuer Ansiedelungen. Außergerichtliche Verhandlungen durch Analphabeten. . . . . S. 85.
No. 55. Verzugszinsen-Forderung, abgesondert vom Capital, und nach vorbehaltloser Quittung über dasselbe. S. 463.
No. 8. Form eines, dem Gerichte versiegelt übergebenen Testamentes. Ueberschreibung desselben durch den Richter. S. 96.

Digitized by Google

No. 9. Vorbehaltene Codicille . . . . . S. 102.
No. 56. Gültigkeit eines im Auslande errichteten Testamentes eines Inländers. ‚Locus regit actum . . . S. 475.
No. 57. Mangel der Handzeichen eines schreibensunkundigen Testators unter dem gerichtlich aufgenommenen Testamente. S. 486.
No. 10. Gewährleistung. resp. Interception, einer Frau S. 108.
No. 11. Anfechtungsrechte nicht eingetragener Agnaten und Mitbelehnten bei Veräußerung des Lehns an andere Agnaten und Mitbelehnte . . . . . S. 113.
No. 12. Hypothekenrecht, in Bezug auf nicht eingetragene Nebenbestimmungen über Zahlung eines Capitales. S. 131.
No. 13. Einwand der Minderjährigkeit des Schuldners, gegenüber dem Cessionar einer eingetragenen Forderung. S. 139.
No. 14. Compensationseinwand gegen den Cessionar einer eingetragenen Kaufgelderforderung . . . . . S. 145.
No. 15. Einfluß des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 auf den Besitz einer Erbpachtsgerechtigkeit. . S. 152.
No. 16. Aufkündigungsbefugniß des Miethers. . . . S. 161.
No. 17. Anfechtungsrecht der Ehefrau gegen Verfügungen des Mannes über das gemeinschaftliche Vermögen. S. 166.
No. 18. s. Provinzialrecht.
No. 19. Desgleichen.
No. 20. Vermögensauseinandersetzung geschiedener Eheleute. Bedingte und bloß eventuelle, auf die Lebensdauer des schuldigen Theils beschränkte Rechte. . . S. 197.
No. 21. Das Ehescheidungsurtel als res iudicata für die künftige Vermögensauseinandersetzung. . . . S. 209.
No. 22. Eheliche Unterstützungspflicht . . . . . S. 220.
No. 23. Beweis der Unehelichkeit eines Kindes . . . S. 225.
No. 24. Tragung der Kosten in Prozessen minderjähriger Hauskinder. . . . . S. 243.
No. 25. s. Provinzialrecht.
No. 26. Verweigerung der Annahme des gemietheten Gesindes, in den Dienst. . . . . S. 256.
No. 27. Besoldung des Schulzenamtes . . . . . S. 260.
No. 28. Parcellirung eines Gutes, auf welchem die Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzenamtes ruhet S. 267.
No. 29. Einschränkungen der Procura . . . . . S. 277.

Digitized by Google

No. 30. Zahlungen an einen Gesellschafter . . . . . S. 282.
No. 31. Verhaftung des Frachtführers . . . . . S. 286.
No. 32. Bestimmte Bezeichnung der Wechselsumme . S. 297.
No. 33. Berechnung der Wechselverjährungsfrist nach Monaten. S. 300.
No. 34. s. Provinzialrecht.
No. 35. Kirchenpatronat. Trennung der Rechte desselben von den Lasten . . . . . S. 318.
No. 36. Expropriation zu Deichzwecken . . . . . S. 325.
No. 37. Stempel von einer Kaufpunctation. . . . . S. 336.
No. 38. s. Provinzialrecht.
No. 39. Widerspruch eines Gewerken gegen einen Gewerkschaftsbeschluß. . . . . S. 363.
No. 40. Armenpflege bei Veränderung der Gemeindebezirke. S. 370.
No. 41. Ansprüche des Charitè-Krankenhauses zu Berlin, wegen Krankenpflege, an die betreffenden Ortsgemeinden. S. 377.
No. 42. s. Provinzialrecht.

2. Provinzial-Recht.

No. 1. Pommern. Widerspruchsrecht des Nachbars gegen Bauten, nach lübischem Rechte . . . . . S. 23.
No. 2. Pommern. Rechte der Nachbarn auf Fenster und Thüren, nach lübischem Rechte. . . . . S. 34.
No. 18. Paderborn. Eheliche Gütergemeinschaft. Miterbrecht der Kinder und Schichttheil der unabgefundenen Kinder. S. 170.
No. 19. Pommern. Fortgesetzte Gütergemeinschaft. Veräußerungsrecht des überlebenden Ehegatten . . . S. 184.
No. 25. Westphalen. Minden-Ravensberg. Anfechtung eines Vermögensübertrags-Vertrages wegen Verletzung im Pflichttheile. . . . . S. 247.
No. 34. Posen. Einpfarrung evangelischer Einwohner zu einer benachbarten Kirche . . . . . S. 305.
No. 38. Pommern. Stempelpflichtigkeit einer, nach dem Pommerschen Landschaftsreglement behufs Umschreibung ei-

Digitized by Google

ner Privathypothek in eine Pfandbriefsschuld ausgestellten Urkunde . . . . . S. 352.
No. 42. Schlesien. Armenpflege der Grundherrschaften. S. 385.

3. Formelles Recht.

No. 43. Res iudicata in Bezug auf Leistung einer Handlung. S. 389.
No. 44 Einstellung des Subhastationsverfahrens gegen Militairpersonen der mobilen Truppen . . . . . S. 394.
No. 45. Provocation auf rechtliches Gehör gegen einen Defecten-Beschluß . . . . . S. 399.
No. 46. Neuer Einwand in der Appellationsinstanz. S. 405.
No. 47. Frist zur Einlegung der Revision für den Vormund eines Zuchthaussträflings. . . . . S. 409.
No. 48. Anfechtungsklage gegen die Disposition eines überschuldeten Ehegatten, mit Rücksicht auf die Willkühr der Stadt Burg, vom Jahre 1698 . . . . S. 411.
No. 49. Das Vorzugsrecht der Pflegebefohlenen im Concurse ihres befreiten Vormundes . . . . . S. 419.
No. 50. Anspruch auf fortlaufende Hebungen von unbestimmter Dauer, bei Vertheilung der Kaufgelder in nothwendiger Subhastation . . . . . S. 429.
No. 51. Anfechtbarkeit einer Hypothek, die in der zehntägigen Frist vor Eröffnung des Concurses für eine gleichzeitig entstandene Verbindlichkeit bestellt worden. S. 436.
No. 52. Kosten der Abschätzung von Grundstücken im Concurse. S. 441.
No. 53. Präclusion der Inhaber einer Hypothek, deren Recht in das Hypothekenbuch nicht eingetragen war, durch das Aufgebot einer Kaufgelderspecialmasse. . S. 445.
No. 54. Notariatsinstrumente. Versicherung über die Qualification der Zeugen . . . . . S. 454.

III. Präjudicien.

Des Senates für Strafsachen . . . . . S. 492.

Digitized by Google

№ I.

Kurze Verjährung.

I. Durch die Ausstellung eines Schuldscheins über eine ihrer Natur nach der kürzeren Verjährung des Gesetzes vom 31. März 1838 unterworfene Forderung, wird, auch wenn darin Verzinsung versprochen und die Fälligkeit der Forderung anderweit bestimmt wird, die kürzere Verjährung des gedachten Gesetzes, welche von dem neu vereinbarten Fälligkeitstermine ab zu rechnen ist, nicht ausgeschlossen.

Vergleiche das hierdurch bestätigte Präjudiz Nr. 2295. Entscheid. Bd. 21. S. 36.

II. Der Plenarbeschluß vom 8. Januar 1838, lautend: Eine Schuldforderung, welche auf Kündigung lautet, ist nicht erst von dem Tage an, wo die Kündigung wirklich erfolgt ist, der Verjährung unterworfen; es kommt vielmehr auf

Digitized by Google

den Tag an, wo zuerst die Kündigung möglich war, und mit dem Ablauf der Kündigungsfrist, von diesem Tage an berechnet, läuft die Verjährung der Forderung durch Nichtgebrauch, (Entscheid. Bd. 3. S. 165.)

findet auch auf die der Verjährung des Gesetzes vom 31. März 1838 unterworfenen Forderungen, sofern sie auf Kündigung lauten, Anwendung.

Präjudiz Nr. 2751.

Gesetz wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen vom 31. März 1838 (Ges. S. S. 249.) §§. 10. und 5.

Das Gesetz wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen vom 31. März 1838 ist nach den Eingangsworten in der Erwägung erlassen, daß bei Forderungen, welche entweder sogleich oder in kurzer Zeit berichtigt zu werden pflegen, aus der langen Dauer der für die Verjährung durch Nichtgebrauch in dem A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 546 und 629. vorgeschriebenen Fristen eine Unsicherheit des Rechts entsteht, und zur Beseitigung einiger, die Verjährung im Allgemeinen betreffenden Zweifel.

Dasselbe bezeichnet alsdann in den §§. 1. und 2. diejenigen Forderungen, welche mit dem Ablaufe von zwei und beziehungsweise von vier Jahren verjähren und enthält im §. 5. nähere Bestimmungen über den Anfang dieser Verjährung.

Der §. 10. endlich verordnet:

Beginnt nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährung, so genügt zu deren Vollendung eine der ursprünglichen gleichkommende Frist. Eine Ausnahme hiervon findet jedoch statt, wenn wegen des Anspruches

Digitized by Google

eine rechtskräftige Verurtheilung erfolgt ist; in diesem Falle tritt, anstatt der ursprünglichen kürzeren, die ordentliche Verjährung ein.

Zu diesem §. 10. hat der vierte Senat des Ober-Tribunals in Sachen W. wider Sch. am 5. Juni 1851 das Präjudiz Nr. 2295 (Samml. II. S. 140. — Entscheid. Bd. 21. S. 36.) angenommen:

Durch die Ausstellung eines Schuldscheins über eine, der kürzeren Verjährung des Gesetzes vom 31. März 1838 unterworfene Forderung wird, auch wenn darin Verzinsung versprochen und die Fälligkeit der Forderung anderweit bestimmt wird, die kürzere Verjährung des gedachten Gesetzes, welche von dem neu vereinbarten Fälligkeitstermine ab zu rechnen, nicht ausgeschlossen.

In diesem Falle handelte es sich um eine unter Nr. 1. §. 1. jenes Gesetzes fallende Forderung eines Maurerpoliers für einen für den Verklagten ausgeführten Bau, über deren Restbetrag von 100 Thlr. letzterer im Jahre 1841 einen Schuldschein ausgestellt hatte, welcher das Versprechen enthielt, die 100 Thlr. binnen drei Jahren nebst fünf Procent abzuzahlen, auch wenn sich die Verhältnisse gut gestalteten, früher Zahlung zu leisten. Gegen die dieserhalb im Jahre 1849 angestellte Klage berief sich der Verklagte auf die Verjährung nach jenem Gesetze, welche in erster Instanz für nicht statthaft, in zweiter Instanz aber für durchgreifend erachtet wurde. Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde aus dem in jenem Präjudize angeführten Grunde verworfen. An diesem Grundsatze ist auch später festgehalten worden, namentlich in Sachen H. wider R. und Schü. wider Sch., wo Schuldscheine über, der kürzeren Verjährung unterworfene Forderungen vorlagen, welche Zinsversprechen und Stipulation von Kündigung enthielten.

Digitized by Google

Demselben Senat lag nunmehr eine Prozeßsache O. — P. wider O. — M. zur Entscheidung vor, in welcher es sich ebenfalls um eine unter Nr. 1. §. 1. des Gesetzes vom 31. März 1838 fallende Forderung des Klägers für, dem Verklagten in den Jahren 1846 bis 1855 gelieferte Spezerei-Waaren handelte. Der Verklagte hatte dem Kläger über diese Schuld am 26. August 1856 eine Urkunde ausgestellt, in welcher er bekannte, dem Kläger für Spezerei-Waaren, die er in den Jahren 1846 bis 1855 erhalten, 69 Thlr. 5 Sgr. 5 Pf. schuldig geworden zu sein, und dann weiter sagte:

> Da ich nicht im Stande bin, so diese Schuld jetzt abzutragen, so erkläre ich hiermit, ebengenannte Schuld jährlich mit fünf Procent zu verzinsen, sowie auch nach einvierteljähriger Kündigung, welche beiden Theilen freistehen soll, dem Creditor die Schuld zu entrichten.

Auf Grund dieser Urkunde und unter der Behauptung, das Capital vor länger als einem Vierteljahr gekündigt zu haben, verlangte der Kläger mittelst Klage vom 18. Januar 1865 vom Verklagten Zahlung der 69 Thlr. 5 Sgr. 5. Pf. nebst Zinsen seit dem 26. August 1856. Der Verklagte erhob rücksichtlich der ganzen Schuld auf Grund des Gesetzes vom 31. März 1838 §. 1. Nr. 1. und §. 5. Nr. 3. den Einwand der Verjährung von zwei Jahren. Beide Vorderrichter verwarfen diesen Einwand, der Appellations-Richter aus dem Grunde,

> weil, wenn auch der Schuldschein vom 26. August 1856 der rechtlichen Natur der Forderung gegenüber eine Novation nicht enthalte, doch nach seinem Inhalte die kurze Verjährung ausgeschlossen sei; da der Zweck des Gesetzes vom 31. März 1838 dahin gehe, der Unsicherheit des Rechtes zu begegnen, von einer solchen aber nicht die Rede

Digitized by Google

sein könne, wenn dadurch, daß — wie hier der Schuldner und zwar dem Object entsprechend schriftlich — den Fortbestand seiner Verpflichtung nicht nur ausdrücklich anerkannt, sondern auch die Tilgung derselben nach Maßgabe einer abzuwartenden Interpellation des Gläubigers versprochen habe, das Schuldverhältniß nach allen Richtungen hin bezüglich seiner Lösung versichert und dieserhalb jeder Ungewißheit und Unsicherheit der Interessenten vorgesehen sei.

Der Verklagte legte gegen diese Entscheidung die Nichtigkeits-Beschwerde ein, indem er Verletzung des §. 1. Nr. 1. und §. 5. Nr. 3. des Gesetzes vom 31. März 1838, sowie des §. 545. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. und des dazu ergangenen Plenarbeschlusses vom 8. Januar 1838 behauptete. Der vierte Senat beschloß, die Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen, fand sich jedoch, weil die diesem Beschlusse zu Grunde liegende Rechtsansicht von der in dem Präjudize Nr. 2295. ausgesprochenen abwich, veranlaßt, in Folge des §. 5. Nr. 1. des Gesetzes vom 7. Mai 1856 folgende Rechtsfrage zur Entscheidung an das Plenum zu bringen:

1. Ob in dem Falle, wenn über eine, der kürzeren Verjährung unterworfene Forderung eine Schuldurkunde ausgestellt ist, von dem darin vereinbarten Fälligkeitstermine ab zur Vollendung der Verjährung eine, der ursprünglichen gleichkommende Frist genügt, oder statt der ursprünglich kürzeren, die ordentliche Verjährungsfrist eintritt?

Da ferner hier die Fälligkeit der Forderung von einer beiden Theilen freigestellten dreimonatlichen Kündigung abhängig gemacht worden, so blieb für den Fall der Annahme jener ersten Alternative noch zu entscheiden: von welchem Tage an die dann zur Verjährung genügende kürzere Frist zu berechnen sei? Der vierte Senat glaubte jetzt annehmen

Digitized by Google

zu müssen, daß die kürzere Verjährung vor erfolgter Kündigung und vor Ablauf der Kündigungsfrist nicht beginnen könne. Diese Ansicht stand jedoch mit einer am 4. Januar 1852 in Sachen Schü. wider Sch. getroffenen Entscheidung in Widerspruch, in welcher angenommen worden, daß auch auf die, der kürzeren Verjährung unterworfenen, auf Kündigung lautenden Forderungen, der Plenarbeschluß vom 8. Januar 1838 Anwendung finde, welcher dahin lautet:

Eine Schuldforderung, die auf Kündigung lautet, ist nicht erst von dem Tage an, wo die Kündigung wirklich erfolgt ist, der Verjährung unterworfen, es kommt vielmehr auf den Tag an, wo zuerst die Kündigung möglich war, und mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist, von diesem Tage an berechnet, läuft die Verjährung der Forderung durch Nichtgebrauch.

Für den Fall, daß die obige Frage nach der ersten Alternative entschieden werden sollte, wurde deshalb von dem gedachten Senate auch die Frage dem Plenum zur Entscheidung überwiesen:

2. Ob der Plenarbeschluß vom 8. Januar 1838 auch auf die, der kürzeren Verjährung des Gesetzes unterworfenen Forderungen, sofern sie auf Kündigung lauten, Anwendung findet?

I. In Betreff der ersten Frage ist für die neuere, von dem Präjudize 2295. abweichende Ansicht folgendes geltend gemacht worden:

Einer rechtsverbindlichen Uebereinkunft, nach welcher eine Forderung, auf welche das Gesetz vom 31. März 1838 an sich Anwendung findet, nicht sogleich, sondern erst nach Verlauf längerer Zeit — sei es bis zu einem gewissen Termine, sei es gegen Kündigung — berichtigt werden soll, könne nicht, um darauf jenes

Digitized by Google

Gesetz und den §. 10. desselben anzuwenden, die Bedeutung eines bloßen Anerkenntnisses, welches nach §. 562. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. zur Unterbrechung der Verjährung geeignet ist, beigelegt werden, vielmehr werde dadurch die Voraussetzung beseitigt, unter welcher allein das Gesetz die kurze Verjährung eintreten lasse. Dasselbe setze nach seinem Eingange Forderungen voraus, welche entweder sogleich oder in kurzer Zeit berichtigt zu werden *pflegen*, bei diesen sollte die aus der langen Dauer der gewöhnlichen Verjährung entstehende Rechtsunsicherheit beseitigt werden. Auf die Sitte werde ein so entscheidendes Gewicht gelegt, daß von den im §. 1. Nr. 1. bis 4. aufgeführten Forderungen wieder solche ausgenommen wurden, bei welchen eine sofortige Berichtigung nicht üblich ist. Wenn also in Beziehung auf eine an sich dem Gesetze unterworfene Forderung eine Vereinbarung getroffen werde, daß dieselbe nicht, wie es sonst üblich, sogleich berichtigt, sondern dem Schuldner Frist gewährt werden solle, so sei damit die Voraussetzung, unter welcher das Gesetz eine Präsumtion zu Gunsten des Schuldners eintreten lasse, beseitigt. Man habe mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes, der Rechtsunsicherheit vorzubeugen, angenommen, daß in Fällen, wo dasselbe in Anwendung kommt, die kürzeren Fristen auch gegen minderjährige und bevormundete Personen zu laufen anfangen und gegen diese Fristen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand weder aus §. 117. Thl. I. Tit. 14., noch aus den §§. 531. 532. Thl. 1. Tit. 9. A. L. R. nachgesucht werden kann (Präj. 1802. 2387., Entscheid. Bd. 14. S. 209. Bd. 23. S. 104. Bd. 50. S. 100.). Es rechtfertige sich um so mehr, das Gesetz da nicht anzuwenden, wo der

Digitized by Google

Schuldner ganz ausdrücklich abweichend von dem Gebrauch die Zahlungszeit anderweit regulirt habe. Außerdem komme in Betracht, daß, nachdem im §. 562. l. c. gesagt sei, durch gegenseitiges Anerkenntniß des Rechts wird die Verjährung unterbrochen, der §. 564. bestimme:

> Ist die Verjährung bereits vollendet, so hebt ein Anerkenntniß des erloschenen Rechts die Wirkung derselben nur in sofern auf, als aus diesem Anerkenntnisse, nach den Gesetzen, ein neuer Rechtsgrund entsteht.

Der vierte Senat finde den Unterschied darin, daß das Anerkenntniß, wie es §. 562. voraussetzt, an keine bestimmte Form gebunden und auch bei Gegenständen über 50 Thlr. die schriftliche Form nicht erforderlich sei (Präjudiz 2294., Entscheid. Bd. 21. S. 192.), wogegen nach der Ausführung im Urtel vom 5. September 1865 (Entscheid. Bd. 55. S. 34.) unter einem qualificirten Geständniß eine solche Willenserklärung zu verstehen sei, welche in ähnlicher Art, wie das constitutum debiti proprii des römischen Rechts nach Form und Inhalt außer Zweifel stellt, daß der Schuldner diejenige Verbindlichkeit, welcher wegen Ablaufes der Verjährungsfrist nach §. 568. die rechtliche Vermuthung der inzwischen erfolgten Aufhebung entgegenstehen würde, als noch fortbestehend ansehe. Entstehe nun nach §. 564. durch ein solches qualificirtes Anerkenntniß an Stelle des erloschenen Rechts eine neue Verbindlichkeit, so könne auf diese neue Verbindlichkeit nur die gewöhnliche Verjährung und nicht die auf das untergegangene Recht etwa anwendbare kürzere Verjährung Anwendung finden. Dasselbe müsse auch von dem Falle gelten, wenn ein solches qualificirtes Anerkenntniß vor

Digitized by Google

vollendeter Verjährung, und während des Laufes derselben abgegeben sei, also neben dem bereits vorhandenen, aus dem Anerkenntnisse ein neues Recht, das selbstständig geltend gemacht werden kann, entstehe. Eine solche, durch ein qualificirtes Anerkenntniß entstehende, von dem anerkannten Rechte unabhängige, selbstständige Verbindlichkeit finde sich im Allgemeinen Landrecht auch anderweit anerkannt, namentlich in den §§. 37. 38. Thl. I. Tit. 5., §. 18. Thl. I. Tit. 20. Nach §. 819. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. könne selbst über eine der kürzeren Verjährung unterworfene Forderung, nämlich über die der Verjährung von zehn Jahren nach §. 849. l. c. unterliegenden vorbedungenen Zinsen, durch Ausstellung eines neuen Schuldscheins eine neue Verbindlichkeit errichtet werden. Es komme bei Beurtheilung der Streitfrage nicht so sehr auf die Wirkung der Verbriefung der Forderung, sondern vornämlich darauf an: welche Bedeutung man dem qualificirten Anerkenntnisse einer Schuld, auf welche das Gesetz von 1838 an sich Anwendung findet, beizulegen sei, also einem Anerkenntnisse, bei welchem es der schriftlichen Form nicht einmal bedarf. Diese Frage lasse sich nicht, wie im Präjudicat vom 5. Juni 1851 geschehen sei, nach den §§. 452. 453. Tit. 16., und §§. 742. 867. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. entscheiden. Die §§. 452. 453. l. c. setzten nach ihrem Wortlaute das Vorhandensein älterer Urkunden und die Ausstellung neuer Urkunden voraus. Der neunte Abschnitt des 16. Titels handle überdies von der Novation nur in sofern, als sie ein Mittel sei, Verbindlichkeiten aufzuheben. Es lasse sich daraus, daß ein qualificirtes Anerkenntniß keine Novation sei, nicht folgern, daß solches auch nicht

Digitized by Google

geeignet sei, eine neue selbstständige Verbindlichkeit zu begründen. Die §§. 867. 742. Thl. I. Tit. 11. handelten von dem Falle, wenn über ein anderes Geschäft ein Schuldschein, als über ein Darlehn ausgestellt, also eine unrichtige causa debendi angegeben sei, wovon in den in Frage stehenden Fällen nicht die Rede. Wer ein vollständiges gültiges Anerkenntniß in Händen habe, erlange dadurch dasselbe, was sonst durch ein richterliches Erkenntniß festzustellen wäre, er habe erst Grund zu klagen, wenn der Schuldner der anerkannten Verbindlichkeit nicht nachkomme. Daß aber das Recht aus dem Anerkenntnisse verjährt sei, wenn es nicht binnen der kurzen Frist, welcher die ursprüngliche Forderung unterliegt, geltend gemacht wird, lasse sich nicht annehmen, da die kürzeren Verjährungsfristen nur für Fälle eingeführt seien, wo durch den Verlauf eines längeren Zeitraums seit Entstehung der streitigen Verbindlichkeit die Feststellung durch richterliches Erkenntniß erschwert, beziehungsweise unmöglich gemacht würde, während es einer solchen Feststellung beim Vorhandensein des Anerkenntnisses nicht bedürfe. Es würde mit der Absicht der Contrahenten und mit den Grundsätzen von der bona fides (A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 568. 569.) in Widerspruch stehen, wenn man auf Fälle dieser Art die kürzeren Verjährungsfristen anwenden wollte.

Das Plenum hat sich jedoch in der Sitzung vom 2. December 1867 für die ältere Ansicht entschieden, und, unter Bestätigung des Präjudizes 2295., den in der Ueberschrift zu I. vermerkten Rechtssatz angenommen.

Gründe.

Die Verjährung ist schlechthin ein Institut des positiven

Digitized by Google

Rechts. Sie ist nach der Begriffsbestimmung des §. 500. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. vorhanden, wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entsteht. Zu denjenigen Rechten, welche nach der in den §§. 502. 508. a. a. O. aufgestellten Regel durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehen, gehören ohne Zweifel auch die Jemanden an einen Andern zustehenden persönlichen Ansprüche. In den §§. 1. und 2. des Gesetzes vom 31. März 1838 werden der kürzeren Verjährung von zwei resp. vier Jahren zunächst solche persönliche Ansprüche unterworfen, welche dem bürgerlichen Geschäfts-Verkehre angehören (§. 1. Nr. 1—7., §. 2. Nr. 1—4.), außerdem aber der Verjährung von vier Jahren noch die Ansprüche auf Rückstände an vorbedungenen Zinsen, sonstigen zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Leistungen und gewissen Abgaben, welche vermöge besonderer staatlicher Verleihung an Privatpersonen zu entrichten sind, sowie auf Rückzahlung und Erstattung von Kosten (§. 2. Nr. 5—8.). Bezüglich der Rechtssubjecte, denen diese Ansprüche zustehen, läßt sich, abgesehen von den Kirchen, Behörden und zu Abgaben berechtigten Privaten, unterscheiden: zwischen Personen, welche bestimmten Berufsklassen, nach ihren Geschäfts-, Gewerbs- und Amtsverhältnissen angehören, und solchen, bei welchen es auf solche Verhältnisse nicht ankommt. Rücksichtlich sämmtlicher Anspruchsberechtigten entscheidet aber einer Seits wesentlich und allein ohne Ausnahme der Rechtsgrund des Schuldverhältnisses oder die rechtliche Natur der Forderung, indem die Gläubiger der bestimmten Berufsklassen nicht alle ihre Forderungen, sondern nur gewisse Forderungen durch die Verjährung von zwei resp. vier Jahren verlieren. Anderer Seits unterscheidet das Gesetz nicht, ob

Digitized by Google

die Forderungen verbrieft sind oder nicht, da doch über mehrere derselben schriftliche Verträge abgeschlossen zu werden pflegen und sich darunter selbst solche Ansprüche befinden, zu deren Klagbarkeit die schriftliche Form unbedingt erforderlich ist, z. B. vorbedungene Zinsen. Bei Beurtheilung der Frage: ob eine Forderung der in den §§. 1. und 2. des Gesetzes angeordneten kürzeren Verjährung unterliege, kommt es also lediglich und allein auf deren Rechtsgrund, d. h. auf die rechtliche Natur des Geschäfts, aus welchem die Forderung herrührt, an, keinesweges aber darauf, ob die Forderung aus einem mündlichen oder schriftlichen Vertrage originirt. Hätten verbriefte Forderungen der bezeichneten Kategorien von der kürzeren Verjährung ausgeschlossen werden sollen, so hätte es deshalb einer ausdrücklichen, die unbedingte Norm der §§. 1. und 2. beschränkende Ausnahmebestimmung bedurft, wie denn auch das Gesetz rücksichtlich einzelner Klassen dieser Forderungen — §. 1. Nr. 1. 4., §. 2. Nr. 8. — solche Ausnahmen ausdrücklich anordnet.

Nun bestimmt aber das Allg. Landrecht Thl. I. Tit. 11. §§. 742. 866—868. ganz allgemein:

> Jede rückständige Zahlung muß nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindlichkeit dazu entstanden ist, beurtheilt werden.
>
> Es ändert also die Natur des ursprünglichen Geschäfts, aus welchem die Zahlungsverbindlichkeit entstanden ist, noch nicht, wenngleich über die schuldige Summe ein Schuldschein, als über ein Darlehn ausgestellt worden.
>
> Nur in Ansehung der von dem Rückstande zu entrichtenden Zinsen finden eben die Vorschriften, wie bei eigentlichen Darlehnen Anwendung.

Ferner wird in den §§. 450—455. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. bestimmt:

Digitized by Google

Rechte und Verbindlichkeiten können auch nach ihrem Entstehen mit Einwilligung der Interessenten umgeändert werden.

Die einer schon vorhandenen Verbindlichkeit in der Folge hinzutretenden Verabredungen sind, in zweifelhaften Fällen, so zu deuten, daß die ursprüngliche Verbindlichkeit so wenig als möglich geändert werde.

Durch die bloße Ausstellung neuer Urkunden über eine schon vorhandene Schuld wird in der Natur derselben nichts geändert.

Eben so wenig erfolgt eine Veränderung in der Natur der Schuld, wenn die Zahlungstermine näher oder anders bestimmt, von einer unverzinsbaren Schuld Zinsen versprochen, oder in Ansehung des Zinssatzes, oder der für die Schuld bestellten Sicherheit, veränderte Abreden getroffen worden.

Wird aber eine neue Verbindlichkeit ausdrücklich an die Stelle der vorigen gesetzt, so erlöscht diese letztere durch Umschaffung (Novation).

Ist die neue Verbindlichkeit so beschaffen, daß die vorige Verbindlichkeit mit ihr zugleich nicht bestehen kann, so erlöscht die vorige, wenn auch eine ausdrückliche Aufhebung derselben nicht erfolgt wäre.

Der in diesen letzteren beiden Paragraphen gedachte Fall, daß die ursprüngliche Schuldverbindlichkeit durch Umschaffung zu bestehen aufgehört habe, in welchem Falle die Verjährbarkeit nach der Natur des neu begründeten, nicht aber des bereits aufgehobenen und erloschenen Geschäfts zu beurtheilen sein würde, kommt hier nicht in Betracht, da ein solcher Fall im Sinne jener Gesetze nicht vorliegt. Es wird hier überall nicht vorausgesetzt, daß die ursprüngliche Verbindlichkeit durch Umschaffung erloschen sei. Es

Digitized by Google

bleibt vielmehr die rechtliche Natur der in den §§. 1. und 2. des Gesetzes vom 31. März 1838 gedachten Forderungen nach diesen gesetzlichen Vorschriften bestehen, wenngleich dieselben in einem Schuldscheine ausdrücklich anerkannt, wegen der Zahlung in einem weiteren Termine oder auf Kündigung, sowie wegen Verzinsung anderweite Bestimmungen getroffen worden sind. Daher können auch diese Forderungen durch Verbriefung, Anerkenntniß und Zahlungsbestimmungen solcher Art, eben weil sie dadurch ihre ursprüngliche Natur nicht verlieren und nicht in eine neue Forderung umgeschaffen werden, von der kürzeren Verjährung nicht ausgeschlossen werden.

Der Annahme, daß die kürzere Verjährung dadurch ausgeschlossen werde, daß über die derselben unterworfene Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, steht sodann auch entgegen, was im A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 551. bis 560., sowie im §. 10. des Gesetzes von 1838 selbst, in Betreff der Unterbrechung der Verjährung vorgeschrieben ist. Nach §. 562. l. c. wird die Verjährung durch gegenseitiges Anerkenntniß des Rechts unterbrochen. Ein solches muß in der Seitens des Schuldners erfolgten Ausstellung und Einhändigung eines Schuldscheins über eine Forderung an den Gläubiger ohne Zweifel gefunden werden. Im Falle der Unterbrechung fängt aber allemal eine neue Verjährung oder eine Verjährung „von Neuem" an. — §§. 554., 556. bis 560., 563. l. c. — Hinsichtlich der Zeitdauer dieser neuen Verjährung ist nun aber, und zwar als Regel für alle Verjährungsfristen (cfr. Motive des Plenarbeschlusses Nr. 2720. Entscheid. Bd. 47. S. 1. ff. 8.) im §. 10. des Gesetzes vom 31. März 1838 bestimmt:

Beginnt nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährung, so genügt zu deren Vollendung eine der ursprüng-

Digitized by Google

lichen gleichkommende Frist. Eine Ausnahme hiervon findet jedoch statt, wenn wegen des Anspruches eine rechtskräftige Verurtheilung erfolgt ist; in diesem Falle tritt, anstatt der ursprünglichen kürzeren, die ordentliche Verjährungsfrist ein.

Das Gesetz statuirt hiernach für die im ersten Satze festgestellte Regel nur eine Ausnahme, nämlich die der erfolgten rechtskräftigen Verurtheilung des Schuldners, eine Ausnahme, die als solche strict zu interpretiren ist. Der zweite Senat hat, — worüber hier allerdings nicht zu beschließen ist — in dem Präjudiz 2115. (Entscheid. Bd. 18. S. 170.) angenommen, daß selbst ein über rechtshängige Sachen geschlossener gerichtlicher Vergleich nicht, wie eine rechtskräftige Verurtheilung die Ausnahme von jener Regel begründe. Um so unbedenklicher muß dies aber von dem Falle gelten, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Privaturkunde ausstellt, in welcher die Schuld in quali et quanto anerkannt wird.

Das zur Unterstützung der neueren Ansicht geltend gemachte Argument des Mangels der bona fides auf Grund der §§. 568. 569. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. kann auch als zutreffend nicht angesehen werden. Bei Gelegenheit des Gesetzes von 1838 ist davon die Rede gewesen, die §§. 568. 569. l. c. ganz aufzuheben, es ist jedoch deshalb unterblieben, weil dieselben zugleich die Wirkung der Verjährung angeben. (v. Savigny, System Bd. 5. S. 351., Löwenberg, Beiträge zur Kenntniß der Motive der Preußischen Gesetzgebung Bd. 1. S. 94.) — Hiernach ist die Rechtsfrage, welche Wirkung der vollendeten Verjährung durch Nichtgebrauch beizulegen sei, auch rücksichtlich der kürzeren Verjährung nach diesen §§. 568. 569. zu beurtheilen. Bei der Berathung des Gesetzes von 1838 ist ferner zur Sprache

Digitized by Google

gekommen, ob nicht nach dem Vorgange des Art. 2275. des französischen Civilgesetzbuchs dem Gläubiger zu gestatten, dem Schuldner einen Eid darüber zu deferiren, daß er nicht wisse, auch nicht glaube, daß die Forderung noch unberichtigt sei. Dies ist jedoch verneint und angenommen worden, daß der nach den §§. 568. 569. l. c. zu führende Gegenbeweis zwar durch Eidesdelation geführt werden könne, daß aber der Gläubiger zum Zwecke des Gegenbeweises nach §. 569. l. c. Thatsachen articuliren müsse, aus welchen hervorgehe, daß der Schuldner unredlicher Weise, und wider besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich deren Erfüllung zu entziehen suche (Löwenberg a. a. O. S. 95., Justiz-Minist.-Blatt 1841 S. 110. 307., von 1844 S. 148.). Dergleichen Thatsachen, wie sie hiernach, in Uebereinstimmung mit dem Inhalte des §. 569., zur Begründung des gegen die im §. 568. festgestellte rechtliche Vermuthung nachgelassenen vollständigen Gegenbeweises erforderlich sind, können aber aus einer Schuldurkunde, wie solche hier vorausgesetzt wird, nicht hergeleitet werden. Sie enthält nichts, als das Anerkenntniß der Schuld zur Zeit der Ausstellung der Urkunde und das Versprechen, dieselbe zu verzinsen und nach einer beiden Theilen freistehenden vierteljährlichen Kündigung abzutragen. Es läßt sich keineswegs ohne Weiteres annehmen, daß der Aussteller einer solchen Urkunde, wenn er nach Ablauf der Verjährungsfrist den Einwand der Verjährung geltend macht, sich dadurch unredlicher Weise der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu entziehen suche (vergl. Justiz-Minist.-Bl. 1844 S. 148.). Auch ist in einer solchen Schuldurkunde nicht ausgesprochen, daß der Schuldner von dem Einwande der kürzeren Verjährung keinen Gebrauch machen wolle, eine Vereinbarung, zu welcher es überdies nach dem §. 566. l. c. der gerichtlichen Form bedurft hätte.

Digitized by Google

Die in den Eingangsworten des Gesetzes ausgesprochenen Erwägungen zur Rechtfertigung desselben können auch nicht dazu berechtigen, Ausnahmen von den unbedingten Bestimmungen des Gesetzes, welche es in seinem dispositiven Theile getroffen hat, zu statuiren. Ist das Gesetz von der Voraussetzung ausgegangen, daß bei allen solchen Forderungen, wie sie in den §§. 1. und 2. aufgeführt sind, weil sie sofort oder in kurzer Zeit berichtigt zu werden pflegen, aus der längeren Dauer der Verjährungsfrist eine Unsicherheit des Rechts entstehe, so ist der Richter auf keine Weise ermächtigt, bei der Anwendung des Gesetzes auf Forderungen, für welche es positiv und unbedingt gegeben ist, und welche, wie bemerkt, durch die in Rede stehenden Stipulationen nicht in neue Forderungen umgeschaffen worden sind, Ausnahmen zu machen, die das Gesetz selbst nicht gemacht hat.

Wenn endlich für die neuere Ansicht auch darauf Gewicht gelegt wird, daß den Präjudizien, nach welchen die kürzeren Verjährungsfristen der §§. 1. und 2. l. c. auch gegen Minderjährige zu laufen beginnen und gegen dieselben Wiedereinsetzung in den vorigen Stand weder nach §. 177. Tit. 14., noch nach den §§. 531. 532. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. gesucht werden kann, die Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes, der Unsicherheit des Rechts vorzubeugen, mit zum Grunde liege, so beruhten jene Entscheidungen nach ihren Gründen wesentlich auf dem Motiv, daß das Gesetz von 1838 überall nicht auf die Person des Berechtigten, sondern auf die Natur der Forderung sehe. Sie gehen ebenfalls von der Ansicht aus, daß es bei Entscheidung der Frage, ob eine Forderung der kürzeren Verjährung des Gesetzes unterliege, lediglich und allein darauf ankomme, ob sie ihrer Natur nach zu denjenigen Forderungen gehöre, welche das Gesetz der kürzeren Verjährung unterworfen hat. Sie sprechen daher

Digitized by Google

da die hier vorausgesetzte Verbriefung einer Schuld nach den §§. 742. 866. 867. Tit. 11., §§. 452. 453. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. die Natur einer Forderung nicht ändert, nicht gegen, sondern vielmehr für die ältere in dem Präjudiz 2295 ausgesprochene Ansicht.

II. Die nach dieser Beantwortung der ersten Frage vom Plenum ebenfalls zu entscheidende zweite Frage läßt den Plenarbeschluß vom 8. Januar 1838 selbst als unangefochten bestehen. Derselbe sollte nicht Gegenstand einer weiteren Berathung sein. Es handelte sich vielmehr nur darum: ob der gedachte Plenarbeschluß auch auf die kürzere Verjährung des Gesetzes vom 31. März 1838 Anwendung finde, ob also bei Forderungen, welche nach den §§. 1. und 2. dieses Gesetzes der kürzeren Verjährung unterliegen, in dem Falle, wenn sie auf Kündigung des Gläubigers oder beider Theile lauten — denn nur hierauf erstreckt sich der Plenarbeschluß, nicht aber darauf, wenn die Kündigung etwa bloß dem Schuldner vorbehalten wäre — die kürzere Verjährung gegen den Gläubiger schon von dem Tage an, an welchem zuerst die Kündigung möglich gewesen, oder aber erst von dem Tage an, an welchem die Kündigung wirklich erfolgt ist, ihren Anfang nimmt?

In der früheren, im Eingange erwähnten Sache hatte der Verklagte in einem Scheine anerkannt, dem Kläger für zum Bau eines Hauses gelieferten Mauergips den Preis von 52 Thlr. schuldig geworden zu sein, und sich verpflichtet, diese Summe vom 1. Juli 1849 ab zu verzinsen und nach dreimonatlicher Kündigung prompt zu zahlen. Der im Jahre 1860, unter der Behauptung der erfolgten Kündigung, angestellten Klage wurde der Einwand der zweijährigen Verjährung ent-

Digitized by Google

gegengestellt, welcher in erster Instanz für durchgreifend erachtet, vom zweiten Richter aber verworfen wurde, weil durch die in dem Scheine kundgegebene Vereinbarung, daß die Zahlungs-Verpflichtung des Verklagten von einer dreimonatlichen Kündigung abhängig sein solle, die Rechte des Klägers gegen den Einwand der Verjährung vollständig gewahrt worden seien, indem die Fälligkeit einer betagten Forderung von der erfolgten Kündigung abhängig sei und die Verjährung nur erst von da ab habe anfangen können, aber nicht behauptet sei, daß die Kündigung schon vor länger als zwei Jahren erfolgt sei.

Der vierte Senat, welcher die hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde gegründet fand, führte deshalb aus:

Wenn bei einer Forderung keine andere Bedingung für die Einziehung gestellt sei, als daß sie zuvor von dem Berechtigten gekündigt werden müsse, so habe ein Hinderniß des Gebrauchs und der Verfolgung dieses Rechts, weder ein äußeres, noch ein in der Natur und Beschaffenheit des Rechts liegendes, bestanden, ein solches würde nur vorhanden sein, wenn stipulirt wäre, daß die Kündigung erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit eintreten dürfe, in welchem Falle allerdings der Anfang der Verjährung erst von dem Tage an, wo die Kündigung erfolgen konnte, zu laufen angefangen hätte. (Plenarbeschluß vom 8. Januar 1838, Präjudiz Nr. 187.). Die Kündigung habe vom Gläubiger bereits am 1. August 1849 erfolgen können; die Verjährung habe also am 1. November 1849 begonnen und sei mit dem Ablauf von zwei Jahren beendigt gewesen.

In der demselben Senate neuerdings zur Entscheidung vor-

Digitized by Google

liegenden Sache hat der Appellations-Richter hiergegen ausgeführt:

Es könne von dem im §. 568. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. gedachten rechtlichen Faktum, daß die Forderung inzwischen getilgt sei, wie von einer poena negligentiae hier nicht die Rede sein, weil ausdrücklich in dem Schuldscheine, abweichend von der ursprünglichen Fälligkeit der Schuld, ein anderweiter Fälligkeitstermin festgestellt sei, der erweislich erst jetzt eingetreten sei. So wenig dann, wenn in einem solchen Schriftstücke von vorn herein der Zahlungstag einer Waarenschuld auf zehn Jahre hinausgestellt sei, vorher der Beginn einer Verjährung denkbar sei, eben so wenig könne sie hier früher beginnen, bevor die Kündigung geschehen gewesen. Denn in der Stipulation der Kündigungsfrist sei relativ der Zahlungstag ebenfalls bestimmt fixirt worden. Der §. 5. Nr. 3. des Gesetzes vom 31. März 1838 lasse in Uebereinstimmung damit die Verjährung auch erst mit dem auf den festgesetzten Zahlungstag folgenden 31. Dezember beginnen. Und diese Festsetzung sei hier in dem Schuldscheine gültig und bindend geschehen.

Diese vom vierten Senate nunmehr gebilligte Ansicht ist jedoch vom Plenum nicht genehmigt, vielmehr der in der Ueberschrift zu II. aufgestellte Rechtssatz angenommen worden.

Gründe.

Der Plenarbeschluß vom 8. Januar 1838 stellt den Rechtssatz fest: daß bei auf Kündigung von Seiten des Gläubigers lautenden Schuldforderungen überhaupt die Verjährung schon von dem Tage an, wo die Kündigung zuerst möglich war, beginne. Hält man hieran fest, so ist auch aus dem Inhalte des Gesetzes vom 31. März 1838 kein Grund herzuleiten, weshalb bei dergleichen Schuldforderungen bloß darum, weil sie nach diesem Gesetze ihrer Natur nach

Digitized by Google

einer kürzeren Verjährung unterliegen, ausnahmsweise der Lauf dieser kürzeren Verjährung erst von dem Tage an beginnen sollte, an welchem die Kündigung solcher Forderungen erfolgt ist. Das jenem Plenarbeschlusse zum Grunde liegende Argument, daß eine auf Kündigung stehende Forderung als keine betagte, d. h. solche, deren Fälligkeit erst von einem bestimmten Tage an eintritt, anzusehen sei, daß vielmehr unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist, die Fälligkeit einer solchen Forderung von dem Tage an zu rechnen sei, wo der Gläubiger von seinem Kündigungsrechte habe Gebrauch machen können, paßt ganz allgemein auf alle, auf Kündigung von Seiten des Gläubigers lautende Forderungen, ohne Unterschied ihres Rechtsgrundes und der dafür bestimmten kürzeren oder längeren Verjährungsfrist. Allerdings wird, wenn der Zahlungstag auf einen bestimmten Tag festgestellt ist, das Klagerecht des Gläubigers durch diesen bestimmten Zahlungstag (dies certus) suspendirt. Wenn dagegen, wie im vorausgesetzten Falle, das Klagerecht nur von dem Eintritt eines Tages abhängig ist, welchen der Gläubiger durch die seiner freien Entschließung überlassene Kündigung jederzeit herbeiführen kann, so muß auch die Verjährung von dem Tage an, wo die Kündigung rechtlich möglich gewesen, unter Hinzurechnung der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Kündigungsfrist, zu laufen anfangen, und zwar ohne Unterschied, ob die Forderung der kürzeren oder der längeren Verjährungsfrist unterworfen ist.

Der §. 5. Nr. 3. des Gesetzes von 1838, wonach die Verjährung der betreffenden Forderungen mit dem auf den festgesetzten Zahlungstag folgenden letzten Dezember, und wenn ein Zahlungstag nicht besonders festgesetzt ist, mit dem letzten Dezember desjenigen Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist, anfängt, spricht ebenfalls nur von der Fest-

Digitized by Google

setzung eines bestimmten Zahlungstages, nicht aber von dem Falle einer dem Gläubiger freigestellten Kündigung. In dieser Vorschrift liegt also kein Grund, den gedachten Plenarbeschluß auf die kürzeren Verjährungen dieses Gesetzes nicht anzuwenden. Zudem ist durch den Plenarbeschluß vom 5. März 1862 (Präjudiz 2720., Entscheid. Bd. 47. S. 1.) angenommen, daß die Vorschrift des §. 5. Nr. 3. l. c. über den Anfang der Verjährung für die nach §. 10. des Gesetzes nach erfolgter Unterbrechung neu beginnende Verjährung — ein Fall, um den es sich hier handelt — nicht maaßgebend, vielmehr der Anfang dieser neuen Verjährung nach den landrechtlichen Vorschriften Thl. I. Tit. 9. §§. 554 ff. zu bestimmen sei. Die Nichtanwendung des Plenarbeschlusses vom 8. Januar 1838 auf die kürzere Verjährung würde schließlich zu dem praktisch ungünstigen Resultat führen, daß bei, der ordentlichen Verjährung unterworfenen Forderungen die ordentliche Verjährung nach Maaßgabe jenes Plenarbeschlusses zur Anwendung gebracht, dagegen bei, der kürzeren Verjährung unterworfenen Forderungen, sofern die Kündigung verzögert wird, die Verjährung auf unbestimmte Zeit, möglicher Weise auf hundert und längere Jahre hinausgeschoben würde.

Digitized by Google

№ 1.

Pommern. Widerspruchsrecht des Nachbars gegen Bauten, nach Lübischem Rechte.

Der Art. 8. Tit. 2. Buch I. des revidirten Lübischen Rechts enthält nicht bloß eine erlöschende Verjährung gegen das Widerspruchsrecht des Nachbars, sondern auch eine erwerbende Verjährung zu Gunsten des Bauenden.

Das Präjudiz Nr. 2101 vom 13. Februar 1849 wird hiernach modificirt. Präjudiz Nr. 2750.

Revidirtes Lübisches Recht Buch 1. Tit. 2. Art. 8. vergl. Entscheidungen Band 17. S. 388. Band 55. S. 29.

Der Kaufmann De., Besitzer eines zu Cörlin belegenen Grundstücks, hatte auf demselben einen Speicher erbaut. In der, nach dem Grundstücke seines Nachbaren belegenen Wand des Speichers, befinden sich Luken, deren Existenz seit länger, als zehn Jahren von De. behauptet wird. Als nun im Jahre 1867 die Besitzer des benachbarten Grundstücks auf dem Letzteren verschiedene Neubauten errichteten, beantragte De., die Besitzer des Nachbargrundstücks, Eheleute T., zu verurtheilen, die neu errichteten Gebäude von seinem Speicher drei Fuß abzurücken. Kläger stützte sich hierbei auf das Vorhandensein seiner Luken seit zehn Jahren und auf die Behauptung, daß diese Luken durch den

Digitized by Google

Neubau völlig zugebaut würden, ihm auch durch denselben das Licht und die Luft entzogen werde.

Das Kreisgericht zu Belgard erkannte jedoch am 28. Juni 67 auf Abweisung des Klägers. Von demselben wurde zwar die Appellation eingelegt, und seine Beschwerde auch adurch zu rechtfertigen gesucht, daß ihm die nach Art. 2. . 8. Buch I. des Lübischen Rechts zulässige Verjährung zur Seite stehe, indem durch diese Vorschrift nicht bloß eine erlöschende, sondern auch die erwerbende Verjährung begründet werde. Allein das Appellations-Gericht zu Cöslin trat dieser Ansicht nicht bei, und bestätigte am 7. September 1867 das erste Erkenntniß.

Nunmehr erhob der Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde. Neben anderen Angriffen rügte derselbe eine Verletzung der eben gedachten Vorschrift des Lübischen Rechts. Dieser Angriff wurde für erheblich erachtet und deshalb von dem zweiten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 29. Oktober 1867 die gegen die Appellations-Entscheidung eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde für begründet erklärt.

Soweit es die Auslegung des Art. 8. Tit. 2. Buch I. des Lübischen Rechts betrifft, lauten die

Entscheidungsgründe

dahin:

Der wesentliche Entscheidungsgrund des zweiten Richters beruht auf seiner Auslegung des Art. 2. Tit. 8. Buch 1. des Lübischen Rechts. Nach der Annahme des Richters begründet diese Vorschrift nur die Extinctiv-Verjährung, indem sie lediglich das einem Nachbaren gegen den andern zustehende Widerspruchsrecht beseitigt. Kläger dagegen ist der Ansicht, daß die erwähnte Vorschrift in demselben Maaße, in welchem sie den Widerspruch des Nachbarn aufhebt, auch für den andern Nachbarn eine erwerbende Verjährung begründet.

Digitized by Google

Der zweite Richter wird beschuldigt, nach dieser Richtung hin die erwähnte Vorschrift des Lübischen Rechts, sowie die Art. 8. und 14. Tit. 12. Buch 3. des Lübischen Rechts und das Präjudiz des Ober-Tribunals vom 19. September 1865 verletzt zu haben.

Was nun zunächst das damals angenommene Präjudiz betrifft, so beziehet sich dasselbe direct auf die vorliegende Streitfrage nicht. Es handelte sich darum:

ob eine mit einem Hausgrundstücke verbundene Wasserrinne zu denjenigen Anlegen gehöre, deren Fortbestehen durch Widerspruch des Nachbars nach Ablauf von Jahr und Tag nicht mehr gehindert werden könne?

Diese Frage war von dem Ober-Tribunal im entgegenstehenden Sinne beantwortet worden. In dem Präjudiz Nr. 2741. entschied sich das Ober-Tribunal für die Bejahung der damals streitigen Frage. Ueber die jetzt zu entscheidende Frage enthält das Präjudiz selbst nichts. Denn diese geht dahin:

a) ob die Bestimmung des Lübischen Rechts, im Art. 2. Tit. 8. Buch. 1. keine Acquisitiv-Verjährung, sondern nur eine Extinctiv-Verjährung, nämlich des nachbarlichen Widerspruchsrechts, enthält? oder

b) ob durch dieses Gesetz nicht bloß die Erlöschung des Rechts auf Seiten des dienenden, sondern auch die Ersitzung des Rechts auf Seiten des herrschenden Grundstücks herbeigeführt wird?

In der Sache M. wider R. kam die Frage am 13. Februar 1849 im zweiten Senate zur Entscheidung. Das Ober-Tribunal nahm damals die Alternative zu a an, aus welcher gleichzeitig das Präjudiz Nr. 2101. hervorging, von dessen Begründung weiterhin die Rede sein wird.

In der Sitzung des fünften Senats kam dieselbe Frage am

Digitized by Google

20. Dezember 1859 von Neuem zur Sprache. (Strieth orst's Archiv Bd. 36. S. 112.). Der Senat entschied sich für die Annahme zu b.

Die Hauptstelle des Lübischen Rechts, welche von der Verjährung handelt, findet sich beim Beginne des Sachenrechts; — Stein's Abhandl. I. §. 15., II. §. 6. — indem man bei der Redaction des Lübischen Rechts im Allgemeinen der Ordnung der Institutionen nachging. Unter den Eigenthums-Erwerbsarten ist in den Institutionen die erste die usucapio et longi temporis praescriptio. Gleichergestalt handelt das Lübische Gesetzbuch zuerst Tit. 8. des V. Buches „von Verjährung" — de praescriptionibus — und zwar Art. 1.:

> Alles das Gut, welches in diese Stadt kömmt, doch nicht über See und Sandt und ein Mann bei sich hat Jahr und Tag, mag er solches beweisen, so kann ihm das Niemandt mit Recht abgewinnen, oder vor gestohlen und geraubt Gut ansprechen; doch sofern derjenige, der solch Gut ansprechen will, auch binnen Landes gewesen.

In der lateinischen Uebersetzung bei Mevius heißt es:

> Bona, non mari, sed terra in hanc civitatem translata, quae per annum et diem quisquam possedisse probabitur, jure nemo vindicet, seu ut furtiva et vi rapta, modo petitor in eadem provincia praesens fuerit.

Art. 2. besagt deutsch:

> Wenn über Jahr und Tag ein Gebäude unangesprochen gestanden, das kann nach Jahr und Tag nicht mehr angefochten werden.

und lateinisch:

> Aedificii nomine, quod per annum et diem sine interpellatione constitit, deinceps omnis actio vel querela cessato.

Digitized by Google

Dieselbe Verjährung findet nach Art. 3. Tit. 6. Buch 3 bei verkauften liegenden Gründen, stehenden Erben und Renten Statt.

Die Annal-Präscription des Lübischen Rechts umfaßt hiernach bewegliche und unbewegliche Sachen; und in Ansehung der über die See eingebrachten beweglichen Sachen ist dieselbe Verjährung nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern der Besitzer bedarf in der Regel der Verjährung überhaupt nicht. Art. 4. und 5. Tit. 5. Buch 6.

Ueber die Verjährung von Grundgerechtigkeiten enthält das Lübische Gesetzbuch generelle Bestimmungen nicht; und ebenso wenig ist in demselben klar ausgesprochen: ob die Verjährung bei Gebäuden binnen Jahr und Tag dem Bauenden ein Recht erwirbt, oder: ob bloß der zum Widerspruch berechtigte Nachbar sein Widerspruchsrecht verliert.

In der Entscheidung, welche dem Präjudiz Nr. 2101. zur Grundlage dient, wird ausgesprochen:

Der Art. 2. l. c. beziehe sich nur auf Baulichkeiten auf dem Grund und Boden des Bauenden, ein Recht auf den Grund und Boden des Nachbars erlange der Bauende durch die Annal-Präscription nicht. Dazu sei im Mangel eines Titels die dreißigjährige Verjährung erforderlich; der Art. 2. aber enthalte lediglich eine erlöschende Verjährung und beseitige allein das nachbarliche Widerspruchsrecht. Es handelte sich in diesem Falle um die Zurückrückung eines neu erbauten Schuppens, soweit derselbe die Oeffnung nachbarlicher, in die Luftschicht des Bauenden hineinragender Fensterladen, welche seit Jahr und Tag bestanden hatten, verhinderte. Der durch den Bau beeinträchtigte Nachbar wurde aus dem oben angegebenen Grunde abgewiesen.

Die Entscheidung des fünften Senats betraf eine Abfluß-

Digitized by Google

rinne, welche über Jahr und Tag bestanden hatte, der belästigte Nachbar aber nicht weiter dulden wollte. Auf die Klage des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks war aber der Besitzer des dienenden zur ferneren Duldung verurtheilt worden. Das Ober-Tribunal verwarf die Nichtigkeits-Beschwerde, welche gegen das von dem Appellations-Gericht zu Greifswald gefällte Erkenntniß eingelegt war. Zuerst wird ausgeführt, daß der Art. 2. a. a. O. von jeder Bauanlage, mithin namentlich auch von einer Abflußrinne zu verstehen sei. Dann heißt es bezüglich der jetzt zu entscheidenden Frage:

„Und nicht minder ist es nach der Anwendung, welche jener Artikel von jeher in der Praxis der mit Lübischem Rechte bewidmeten Neu-Vorpommerschen Städte gefunden hat, als ausgemachten Rechtens anzusehen, daß, wenn eine Bauanlage Jahr und Tag unangefochten gestanden, dadurch nicht nur die Anfechtungsklage des Nachbarn ausgeschlossen, sondern auch sowohl, insoweit dadurch eine Beschränkung der natürlichen Freiheit eines benachbarten Grundstücks eintritt, eine Grundgerechtigkeit durch Ersitzung erworben wird.

Zwischen Acquisitiv- und Extinctiv-Verjährung waltet hierbei kein Unterschied ob. — (Siehe hierbei das allegirte Provinzial-Recht a. a. O. — nämlich dasjenige von Neu-Vorpommern Thl. 6. §. 148. S. 96. und 97. — so wie §. 51. S. 50. und 51. und §. 70. S. 58. und 59. —"

Bei Erlaß des Präjudizes Nr. 2741. lag von Neuem die Frage zur Entscheidung vor:

ob Abflußrinnen als Bauanlagen, welche dem Art. 2. l. c. unterlägen, anzusehen seien?

Die Frage wurde bejahet. Und in den Entscheidungsgründen wurde unter andern, auf die Ausführungen der Ausleger

Digitized by Google

des Lübischen Rechtes, Gerdes, Stein und Heineccius hingewiesen, welche indistincte annehmen, daß servitutes praediorum urbanorum durch die Annal-Präscription erworben würden, während Mevius denselben Satz von diesen Grundgerechtigkeiten, wenigstens soweit diese in patiendo bestänben, deducire.

Nach der Mittheilung des zweiten Richters handelt es sich vorliegend um zweierlei Rechte des Klägers, nämlich:

1. um das Recht desselben, nach welchem Verklagter auf seinem eigenen Grund und Boden nicht derartig bauen soll, daß er die Oeffnungen im Speicher des Klägers verbaue, — also um ein non facere des Verklagten, und
2. um das Recht des Klägers, wonach er befugt sein will, die Lukenklappen des Speichers auf einen Abstand von drei Fuß auf dem Grund und Boden des Verklagten zu öffnen, mithin um ein pati des Verklagten.

Zunächst und wesentlich verneint der zweite Richter die Möglichkeit der Erwerbung beider Gerechtigkeiten durch die Annal-Präscription des Lübischen Rechts überhaupt. — Die Entscheidung der Streitfrage aber wird nicht aus der verschiedenen Praxis, sondern aus den, die Praxis rechtfertigenden, Gründen zu entnehmen sein. In der Entscheidung vom 13. Februar 1849 wird der damals aufgeführte Rechtssatz nicht weiter motivirt, in dem Erkenntniß vom 20. Dezember 1859 wird auf das Provinzial-Recht in Neu-Vorpommern verwiesen. Dasselbe enthält folgenden Rechtssatz:

> Hat eine Bau-Anlage Jahr und Tag unangefochten gestanden, so wird dadurch nicht allein, insoweit dadurch die natürliche Freiheit benachbarter Grundstücke beschränkt wird, eine Dienstbarkeit erworben, sondern auch insoweit dadurch die Ausübung von Dienstbarkeiten, welche benach-

Digitized by Google

barten Grundstücken gegen das bebaute Grundstück zustehen, unmöglich gemacht oder beschränkt wird, die Aufhebung oder Beschränkung dieser Dienstbarkeiten durch Verjährung bewirkt. Es fallen daher nach Ablauf jener Zeit, alle auf den Schutz der natürlichen Freiheit, oder der Dienstbarkeiten bezüglichen Rechtsmittel hinweg.

Provinzialrecht von Neu-Vorpommern Thl. 6. S. 96. 97. In dem (nicht amtlich bearbeiteten) Statutar-Recht für die Städte Altvor- und Hinter-Pommern (S. 38.) wird der Satz dahin vorgeschlagen:

Hat ein Gebäude über Jahr und Tag gestanden, so können Ansprüche, welche sich auf bauliche Anlagen des Gebäudes und auf Grundgerechtigkeiten beziehen, nicht mehr geltend gemacht werden.

In dem erst gedachten Provinzialrecht werden als Quellen für die angeführte Praxis benannt: Gerdes praecipuae differentiae juris Communis et Lubecensis tom 2. pag. 327. und Heineccii dissertatio de praescriptione annali juris Lubecensis. §. 28. 29. In beiden Abhandlungen wird in der That als eine Besonderheit des Lübischen Rechts die Erwerbung von Grundgerechtigkeiten durch Verjährung binnen Jahr und Tag bezeichnet. Es wird ferner verwiesen auf Mevius Commentar, und zwar zunächst zu diesem Artikel. Derselbe beginnt:

libertatem et servitutem praediorum urbanorum hic articulus concernit,

und unter Verweisung auf das zu Tit. 12. Buch 3. Gesagte, bemerkt: dieser Artikel schütze gegen jede Art der Anfechtung von Baulichkeiten.

Sodann wird Stein's Abhandlung des Lübischen Rechts Theil 2. S. 23. 24. und Thl. 3. S. 358 in Bezug genommen, in denen gleichfalls die Annal-Präscription als

Digitized by Google

eine Ersitzungsart von Grundgerechtigkeiten betrachtet wird. Man kann noch auf §. 231. Thl. III. S. 338 verweisen, in welchem das Recht, wider den Willen der Nachbarn, ein unleidliches Gewerbe zu betreiben, als eine durch die Annal-Präscription zu erwerbende Grundgerechtigkeit angesehen wird.

Endlich wird auf Bornemann's Rechtsfälle verwiesen, und zwar zunächst auf den Seite 20 ff. vorgetragenen, und von dem vormaligen Ober-Appellations-Gerichte zu Greifswald in den Jahren 1817 und 1818 entschiedenen Fall. Der Kläger behauptete, daß er durch die Annal-Präscription das Recht erworben habe, durch einen Wasserlauf das sich auf seinem Grundstücke ansammelnde Wasser auf dasjenige seines Nachbarn abzuleiten. Darüber, ob in dieser Art eine Grundgerechtigkeit binnen Jahr und Tag erworben werden könne, war weder unter den Parteien Streit, noch unter den Instanzrichtern eine Verschiedenheit der Ansichten. Allein Verklagter excipirte, die Grundgerechtigkeit sei durch eine bauliche Einrichtung, welche er auf seinem Hofe getroffen, und welche binnen Jahr und Tag bestanden habe, erloschen. Hierüber allein war Meinungs-Verschiedenheit, indem der erste Richter annahm, eine solche Erlöschung verlange eine zehnjährige Frist, der damalige höchste Gerichtshof aber ausführte, die Frist zur Erwerbung und zur Erlöschung von Grundgerechtigkeiten sei die gleichmäßige Jahr und Tag.

Siehet man aber ab von diesen Autoritäten und erforscht man den Sinn des Lübischen Statuts, so gehet dieser offenbar dahin:

daß Baulichkeiten, welche Jahr und Tag gestanden haben, in jeder Hinsicht sollen unangefochten bleiben.

Dieser Zweck des Gesetzgebers wird völlig verfehlt, wenn man annimmt, daß der Bauende nur bei Anlagen auf eigenem

Digitized by Google

Grund und Boden gegen den Widerspruch des Nachbars durch die einjährige Verjährung geschützt werden solle. Denn in diesem Falle würde der Nachbar durch Bauten auf seinem Grund und Boden die bauliche Einrichtung, welche geschützt werden soll, beeinträchtigen können, und die Baulichkeiten, welche thatsächlich sich als Dienstbarkeiten in patiendo darstellen, würden erst durch eine Verjährung von zehn oder von dreißig Jahren Schutz finden. Aus diesen Gründen ist die Annahme, daß der Artikel 2. nur eine Exstinctiv-Verjährung, welche den Widerspruch des Nachbars gegen eine bauliche Anlage seines Nachbars beseitigt, enthalte, zu verwerfen, und zu der Ansicht zurückzukehren, daß die Annal-Präscription des Lübischen Rechts bei Gebäuden sich gleichmäßig auf den Erwerb und auf den Verlust von Dienstbarkeiten beziehet.

Eventuell hat es das Ansehen, als wenn der zweite Richter zwischen Grundgerechtigkeiten, welche in non faciendo, und solchen, welche in patiendo bestehen, unterscheiden will. Diese Ansicht aber könnte hier nicht von erheblichem Einfluß sein, weil nach der eigenen Voraussetzung des zweiten Richters hier jedenfalls auch eine servitus in patiendo vorliegt. Auch würde die Richtigkeit eines solchen Unterschiedes nicht anzuerkennen sein. Die in dieser Hinsicht angezogene Stelle aus Mevius begründet denselben nicht. Mevius betrachtet das Recht, auf dem eigenen Grund und Boden, nach der Seite des Nachbars hin, Fenster zu öffnen, lediglich als einen Ausfluß des Eigenthumsrechts, und nicht als eine auf dem benachbarten Grundstück ruhende Last. Soll aber der Nachbar in seinem, gleichfalls aus dem Eigenthum fließenden Recht, jene Fenster zu verbauen, eingeschränkt werden, so kann dies nur geschehen durch eine in non faciendo bestehende Servitut. Die Acquisitiv-Verjährung derselben aber setzt, wie jede andere, auf der Seite des Erwerbenden Besitzergrei-

Digitized by Google

sung voraus; und diese besteht, wo der Eigenthümer in der natürlichen Freiheit eingeschränkt werden soll, auf seinem Grund und Boden aus dem Eigenthumsrecht fließende Handlungen vorzunehmen, in dem Besitz eines Untersagungsrechts. Hat der Verjährende auf diese Weise den Besitz erworben, so acquirirt er das Recht selbst durch die einjährige Verjährung des Lübischen Rechts. Das ist der Sinn jener Stellen des Mevius zu Art. 8. Tit. 12. Buch 3., welche zu Zweifeln Veranlassung gegeben haben.

Diese Stellen lauten:

N. 16, Nec interest, an aedificando noceatur incommoditatibus vicini, quibus ante usus est. Hinc, si quis fenestras habeat versus aream vicini, etsi vel centum annis ibidem habitae fuerint, vicino tamen permissum est, aedificando in suo, obscurare lumina aedium illius et nullo tempore ab ea licentia excluditur, nisi semel prohibitioni factae jure communi inter praesentes per decennium, vel ex nostro statuto per annum et diem acquieverit.

Anders dagegen verhält es sich mit den Servituten, quae in patiendo consistunt. Bei diesen bedarf es zur Besitzergreifung des Untersagungsrechts nicht, sondern der Besitz wird durch die bloße Ausübung des zu verjährenden Rechts erlangt. Mevius sagt daher, nachdem er in Nr. 17 einen dem vorigen gleichen Fall in gleicher Art beurtheilt hat:

No. 18. De stillicidio aliquando dubitatum fuit, an cum ultra annum cecidisset in vicini aream, hic vero postea illum locum aedificando occupare vellet, in suo hoc permittendum sit? Et cum ea servitus non negativa, sed positiva sit, unde quid immittitur in fundum vicini, statuariae praescriptioni non

Digitized by Google

minus locum duxi, quam sub statuti verbis ille casus comprehenditas.

Klar ist hiernach die Meinung des Mevius, die Annal-Präscription findet sowohl bei s. g. negativen, als auch bei positiven Servituten statt, nur die Art der Besitzerwerbung, welche die Möglichkeit jeder Ersitzung zur Voraussetzung hat, ist verschieden.

Nach diesem Allen ist der allein wesentliche Entscheidungsgrund des zweiten Richters zu verwerfen und auf die Appellation des Klägers in freier Sachbeurtheilung einzugehen.

№ 2.

Pommern. Rechte der Nachbarn auf Fenster und Thüren nach Lübischem Rechte.

Bezieht sich die Beschränkung wegen Anlegung von Fenstern und Thüren aus Art. 13. Tit. 12. Buch 3. des revidirten Lübischen Rechts nur auf solche Fenster und Thüren, welche auf oder unmittelbar an der Grenze eines Nachbar-Grundstücks eingerichtet werden?

Revidirtes Lübisches Recht von 1586, Art. 3. 7. und 13. Tit. 12. Buch 3.

Digitized by Google

Der Schlosser P., Besitzer eines in der Stadt Belgard belegenen, bis dahin unbebauten Grundstücks, hatte im Jahre 1865 auf demselben verschiedene Gebäude errichtet. Zu den neuen Gebäuden gehörte ein Wohnhaus, welches mit seiner Hinterfront dem Grundstücke seines Nachbars zugewendet war. Die Entfernung des Wohnhauses von dem benachbarten Grundstücke betrug in der ganzen Ausdehnung drei Fuß oder, was streitig war, 2½ bis 3 Fuß. In der Hinterwand des neuerbauten Wohnhauses nach der Seite des Nachbars hin waren eine Thür und verschiedene Fenster angebracht worden.

Gestützt auf Art. 3. 7. und 13. Tit. 12. Buch 3. des Lübschen Rechts beantragte der Nachbar des Bauenden, Töpfermeister D.

den Letzteren zu verurtheilen, die gedachten Anlagen zuzumauern.

Verklagter widersprach dem Antrage. Er wendete u. A. ein, daß der Art. 13. a. a. O. nur auf unmittelbar an der Grenze oder auf derselben stehende Baulichkeiten zu beziehen sei.

Das Kreisgericht zu Belgard erkannte auch aus diesem Grunde auf Abweisung des Klägers und auf die Appellation des letzteren wurde diese Entscheidung von dem Appellations-Gericht zu Cöslin durch Erkenntniß vom 15. Januar 1867 bestätigt.

Kläger erhob nunmehr die Nichtigkeits-Beschwerde, die Verletzung des Art. 13. a. a. O. behauptend. Der zweite Senat des Ober-Tribunals vernichtete auch am 14. November 1867 die Appellations-Entscheidung wegen unrichtiger Auslegung des mehrerwähnten Art. 13. a. a. O. Die hierauf bezüglichen

Erkenntnißgründe

lauten:

Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Ausle-

Digitized by Google

gung verschiedener Bauvorschriften des Lübischen Rechts. Um für deren Interpretation den richtigen Standpunkt zu gewinnen, ist es am Orte, auf diese Materie, soweit solche nach dem Lübischen Statute sich gestaltet, etwas näher einzugehen. Gleich dem gemeinen Recht gestattet das Lübische jedem Eigenthümer, auf seinem Grund und Boden nach freiem Belieben Gebäude zu errichten. Die Schranken, welche dieser Freiheit entgegenstehen, sind wohl erworbene Rechte dritter Personen und gesetzliche Vorschriften, durch welche die Baufreiheit des Eigenthümers entweder zum Besten des gemeinen Wesens, oder zum Nutzen der Nachbaren eingeschränkt wird. — Handelt es sich um die Auslegung der in dem Lübischen Statut enthaltenen gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, so muß der Sinn der gebrauchten Ausdrücke und der Zweck der gesetzlichen Vorschrift erforscht und dem dadurch erkennbar gewordenen Willen des Gesetzgebers zwar nachgegangen werden, im Uebrigen aber unterliegen diese statutarischen Vorschriften, weil sie Ausnahmen von der gemeinen Regel darstellen, der strictesten Auslegung. Im vorliegenden Fall geht der zweite Richter von der Voraussetzung aus, daß der Verklagte auf seinem Grund und Boden ein neues Gebäude erbaut und in demselben nach dem Grundstück des Klägers hin, jedoch $2^1/_2$ bis 3 Fuß von der Grenze entfernt, eine Thür und acht Fenster angebracht hat. Der Richter nimmt ferner thatsächlich an, daß der Bauplan des Verklagten von der Polizeibehörde genehmigt, und daß eine Abweichung von diesem Plane Seitens des Klägers nicht behauptet worden ist. Es hat aber Kläger behauptet, die Anlage der Thür und der Fenster gereiche ihm zum Nachtheil, weil er bei etwanigem künftigen Bau auf eigenem Grund und Boden das Fensterrecht des Verklagten beachten müsse, weil durch die anstoßenden Oeffnungen für seine Fachwerkgebäude die Feuer-

Digitized by Google

gefährlichkeit vermehrt werde und weil Verklagter durch die Fenster in seine Hinterstube hineinsehen, auch, was bereits geschehen sei, Unreinigkeiten auf sein Grundstück werfen könne. Es ist endlich unstreitig, daß Kläger seine Einwilligung zur Anlegung der Fenster nicht gegeben hat. — Kläger hat sich zur Geltendmachung seines Klagerechts auf Art. 3. und 7. Tit. 12. Buch 3. des Lübischen Rechts berufen, der zweite Richter aber deren Anwendbarkeit geleugnet. Implorant behauptet auch gegenwärtig die Verletzung dieser Vorschriften. Dieselben lauten:

Art. 3. Wenn Jemand bauen will, der soll auf seinen Grund und Boden bleiben, und sein Fundament also legen und fassen, daß es seinem Nachbar nicht zu nahe, und keinen Schaden oder Nachtheil zufüge — u. s. w.

Art. 7. Wer bauen will, der soll solch Gebäude anstellen, daß er seinem Nachbar nicht zu nahe und Schaden baue; wird darüber geklagt und also befunden, so muß er dasselbige Gebäude wiederum niederbrechen und in vorigen Stand bringen.

Mevius in seinem Commentar zu diesen Artikeln legt diese Vorschrift dahin aus, daß der Bauende die wohlerworbenen Rechte seines Nachbars und die gesetzlichen Baubeschränkungen respectiren müsse, daß er aber im Uebrigen volle Baufreiheit habe und nicht dafür verantwortlich sei, wenn der Neubau per consequentiam auch dem Nachbar Schaden bringe, oder bisherige Vortheile entziehe. Mevius statuirt hiervon nur die nicht auf das Lübische Gesetzbuch, sondern auf die menschliche und natürliche Billigkeit sich gründende Ausnahme, daß der Bauende nicht aus bloßer Chicane zum Schaden seines Nachbars bauen dürfe. Man kann dieser Interpretation zufolge der Ausführung am Eingange dieser

Digitized by Google

Entscheidungsgründe nur beitreten, und muß mithin den Angriff, soweit er sich auf Art. 3. und 7. bezieht, verwerfen. Implorant beruft sich aber auch hauptsächlich auf den, nach seiner Behauptung gleichfalls verletzten Art. 13. a. a. O. Derselbe lautet:

> Es mögen auch keine neue Gänge, Wohnungen oder Wohnkeller, Fenster, Thüren, Schure (projecta), da vormals keine gewesen, angerichtet werden: Wie denn auch keine Schornsteine oder Feuerstädt, da hiebevor keine gestanden, ohne der Nachbaren Willen und Vergünstigung.

Nach der Ansicht des Appellationsrichters hat diese Vorschrift nur den Zweck, dem Bauenden die Errichtung derartiger Anlagen auf dem ihm nicht gehörenden Grund und Boden seines Nachbars, oder wie der Richter sagt, die Vorrückung dieser Anlagen über seine eigene Grenze resp. in den Luftraum des Nachbars zu verbieten; und demnach beziehe sich der Artikel nur auf Gebäude, welche unmittelbar auf oder an der Grenze errichtet seien. Implorant dagegen ist der Ansicht, daß der Bauende ohne Einwilligung seines Nachbars dergleichen Anlagen auch auf eigenem Grund und Boden nach der Seite des nachbarlichen Grundstücks nicht solle errichten dürfen. — Es möchte dahin stehen, ob es in einem statutarischen Gesetz einer Vorschrift bedürfte, welche dem Eigenthümer untersagt, auf dem Grund und Boden seines Nachbars Gebäude zu errichten, oder auf diesen die auf eigenem Grund und Boden angefangenen baulichen Anlagen auszudehnen. Jedenfalls aber enthält das Lübische Statut ein solches Verbot schon in den Art. 3. und 7. Wenn dasselbe nun zuerst dem Eigenthümer die Verbindlichkeit einschärft, mit seinen Bauten auf dem eigenen Grund und Boden zu bleiben, so hätte es keinen Sinn, noch gewisse bauliche Einrichtungen besonders hervorzuheben und deren Errichtung auf des Nachbars Boden zu

Digitized by Google

unterſagen; alſo z. B. anzuordnen, daß der Nachbar nicht befugt ſein ſolle, eine Feuerſtätte auf der area ſeines Nachbars anzulegen, oder auf dieſelbe auszudehnen. — Der Artikel 13. a. a. O. iſt der Nachfolger des Art. 12. Dieſer aber verbietet ausdrücklich, die Anrichtung und den Betrieb gewiſſer gefährlicher und unleidlicher Handwerke, wo zuvor keine geweſen, in dem eigenen Grundſtück, ohne der Nachbaren Willen. Der Eigenthümer wird hier in suo eingeſchränkt und ſein Nachbar gegen unbequeme, oder gefährliche Unternehmungen deſſelben geſchützt. Ebenſo verhält es ſich mit dem Art. 13; auch durch dieſen ſoll der Nachbar gegen gewiſſe Anlagen, weil ſie ihm Unbequemlichkeiten oder Gefahr verurſachen könnten, ſicher geſtellt werden. Die Ausleger des Lübiſchen Rechts ſtimmen hiermit überein. — cfr. §. 48. des Provinzialrechts für Neuvorpommern und Rügen (S. 48.) §. 26. S. 35. Statutarrecht für die Städte Alt-, Vor- und Hinterpommern. — Stein in ſeiner Abhandlung über das Lübiſche Recht Thl. 3. §. 227. ſagt über den Art. 13:

> Es iſt ſonſten nach gemeinen Rechten ein Jeder regulariter befugt, auf ſeinem Terrain Etwas nach Belieben zu bauen, und in ſeinen Gebäuden etwas nach Belieben einzurichten. Da auf dieſe Weiſe aber oftermalen einem Nachbar nur lediglich zum Poſſen etwas angelegt werden kann, ſo haben unſere Rechte dahingegen die jetzt angeführte Verordnung aus beigefügter raison ſtatuiren wollen.

Mevius zu dieſem Artikel ſagt unter Nr. 8:

> Nach gemeinem Recht könne der Eigenthümer ohne Einwilligung des Nachbars ſeine Wand öffnen und darin Fenſter anlegen, von welchen er das fremde Haus, den Garten, oder Grund und Boden zu überſehen vermöge. —

Digitized by Google

Nostro statuto, fährt er fort: hoc aliud provisum, prohibito, fenestras facere, ubi antea non fuerunt, ita ut ex eo vicini servitutem habeant in aedibus atque parietibus vicinorum ne ultra antiquum modum aperiantur.

Denselben Unterschied des gemeinen und des Lübischen Rechts weist Mevius bei den Schuren, Kaminen und Feuerstedten nach, indem nach jenem Recht die Errichtung dieser Anlagen auf eigenem Grund und Boden erlaubt, nach diesem aber ohne der Nachbaren Einwilligung untersagt sei. Für den Abstand ist lediglich die Vicinität, nicht aber der Umstand entscheidend, ob die in Rede stehenden Anlagen an die area des Grundstücks unmittelbar angrenzen. Es kann hiernach kaum einem erheblichen Bedenken unterliegen, die Auslegung des zweiten Richters zu verwerfen. Es wird dagegen angeführt, daß dieser Artikel stringenter Interpretation unterliege und nur eine Anlehnung an die im Art. 3. und 7. ausgesprochenen Rechtssätze enthalte. Allein das Letztere ist nicht zuzugeben, und das Erstere kann nicht dazu dienen, einer aus dem Zusammenhang der in Rede stehenden Vorschriften sich ergebenden Absicht des Statuts entgegengestellt zu werden. Es wird ferner gesagt, der Art. 13. bestimme keinen Zwischenraum, innerhalb dessen die dort bezeichneten Anlagen nicht ausgeführt werden könnten, mithin würde die schrankenlose Anwendung dieses Artikels in vielen Fällen dahin führen, daß der Eigenthümer wider der Nachbaren Willen sein Grundstück gar nicht bebauen könne. — Mag es nun auch dahin gestellt bleiben, ob der Art. 13. für die heutigen Verkehrsverhältnisse zweckmäßig erscheint, oder ob sich dessen Abänderung in Maßgabe der gegenwärtig im Allgemeinen geltenden baupolizeilichen Vorschriften empfiehlt, so liegt es doch außerhalb der richterlichen Sphäre, das Gesetz, weil es nicht

Digitized by Google

mehr passen mag, außer Anwendung zu bringen. Im Uebrigen aber ist es unrichtig, daß eine schrankenlose Anwendung des Art. 13. geboten sei. Denn einmal findet sich die Schranke darin, daß nur dem Nachbar ein Widerspruchsrecht zusteht, und daß es richterlichem Ermessen unterliegt, wer als Nachbar zu betrachten sei. Sodann aber ist der Art. 13. nach dem gleichmäßigen Zeugniß von Stein und Mevius (Stein Abh. Thl. 3. S. 331. Mevius ad hunc art. additio ad num. 23.) niemals zur Anwendung gebracht worden, wenn der eine Nachbar Anlagen der in Rede stehenden Art bedurfte, und der andere davon keinen Nachtheil hatte, und dennoch — ohne vernünftigen Grund — seine Einwilligung versagte. In Anerkennung dieses Satzes hat auch der zweite Senat des Ober-Tribunals bereits unterm 25. Oktober 1839 des Präjudiz (Nr. 750.) angenommen, daß der Art. 13. l. c. keine Anwendung findet, wenn eine darin erwähnte neue Anlage erweislich dem benachbarten Grundstück nicht gefährlich oder schädlich ist, und der Nachbar durch dieselbe in seinem Eigenthumsrecht nicht beeinträchtigt wird. — In Beziehung auf den ersten Klageantrag, bei welchem sich die Entscheidung lediglich auf die unrichtige Auslegung des Art. 13. a. a. O. gründet, ist hiernach die Nichtigkeitsbeschwerde erheblich. —

Zu erwähnen bleibt noch, daß der zweite Senat in der Sache H. wider W. am 6. Dezember 1859 den Satz angenommen hat, daß die Beschränkung wegen der Anlegung von Fenstern (aus Art. 13. a. a. O.) sich nur auf solche bezieht, die auf oder unmittelbar an der Grenze eingerichtet werden. — Zur Begründung dieses Satzes wird auch noch darauf hingewiesen, daß nach Lübischem Recht jeder Eigenthümer unmittelbar an der Grenze bauen könne und auf §. 273. — in der zweiten Ausgabe §. 284a. von Runde's deutschem

Digitized by Google

Privatrecht -- worin gesagt wird, daß das deutsche statutarische Fenster- oder Lichtrecht darin bestehe, daß der Eigenthümer eines Hauses die Fenster in der Wand seines Hauses, welche unmittelbar an des Nachbars Grund und Boden stößt, ohne des letzteren Erlaubniß weder vermehren, noch anders anlegen darf, als sie bisher gewesen sind. — Runde verweist hierbei unter Anderen auf Mevius Commentar zu diesem Art. 13. An dieser Stelle spricht Mevius aber nur den Satz aus, daß der Art. 13. sich auf solche Orte beschränke, wo dergleichen verbotene Anlagen bisher nicht bestanden. Dagegen bespricht Mevius die Frage, welchen Nachbaren ein Widerspruchsrecht zustehe, in den Nr. 29. und 30. Er beantwortet dieselben dahin: Nachbaren sind diejenigen, welche zur Seite wohnen, nicht aber diejenigen, welche gegenüber wohnen und deren Besitzung von der des Bauenden durch eine Straße, oder durch einen öffentlichen Platz getrennt wird. — In dem schon allegirten Provinzialrecht für Neuvorpommern §. 48. ist deshalb auch der Satz ausgesprochen, daß der Art. 13. auch da Anwendung finde, wo sich zwischen beiderseitigen fundis noch eine wüste Stelle befinde, also keine unmittelbare Nachbarschaft existire. In der vom Imploranten berufenen Sache D. wider H., in welcher von dem Ober-Tribunal am 22. Juni 1865 erkannt worden ist, (theilweis abgedruckt auch in Striethorst Archiv Bd. 58. S. 358.), befanden sich die Fenster, zu deren Cassation Verklagter in zweiter Instanz verurtheilt worden war, sechs Fuß von der das Grundstück des Klägers trennenden Grenzmauer. Verklagter machte auch in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend, daß der Art. 13. nur da Anwendung finde, wo ein Gebäude hart an der Grenze errichtet worden. Die Nichtigkeits-Beschwerde wurde jedoch verworfen und angenommen, daß der Art. 13. den Nachbaren gegen gewisse

Digitized by Google

Unbequemlichkeiten schützen solle, welche auch da zuträfen, wo die Gebäude nicht unmittelbar an der Grenze ständen. — Der Appellations-Richter weiset den Kläger lediglich auf Grund des Einwandes zurück, daß der Art. 13. a. a. O. nur auf unmittelbar an oder auf der Grenze errichtete Gebäude zu beziehen sei. Nach Verwerfung dieser Einrede ist demnach anderweitig in der Sache selbst und in Ansehung des Kostenpunktes zu verhandeln und zu entscheiden, wobei die Frage von der Unschädlichkeit der angefochtenen Anlagen im Sinne des angezogenen Art. 13. und des Präjudizes Nr. 750 zu beantworten bleibt.

№ 3.

Verpflichtung zur Unterhaltung von Grenzzäunen.

In wiefern ist der Besitzer eines Grundstücks zur Unterhaltung eines, das letztere von der freien Feldflur trennenden Zaunes verpflichtet?

A. L. R. Thl. I. Tit. 8. §§. 149. 151—153. 162. 167. 168.

Der Garten des dem Bauer F. zu P. gehörigen an der Dorfstraße liegenden Gehöfts grenzt an der Hinterseite an eine dem Rittergutsbesitzer W. daselbst gehörige Weide-

Digitized by Google

koppel, und es hat dort darauf während des Frühlings, Sommers und Herbstes ein Strauchstand sich befunden. Mit der Behauptung, daß in Folge der von ihm und seinem Vorbesitzer ergangenen Aufforderungen der Bauer F. und dessen Vorbesitzer jenen von ihnen errichteten Strauchstand schon seit funfzig Jahren von dem Frühjahr 1864 zurückgerechnet, während der gedachten drei Jahreszeiten unterhalten, hat der Rittergutsbesitzer W. klagend darauf angetragen, den Verklagten zu verurtheilen, auf der Grenze zwischen seinem Garten und seiner, des Klägers, Weidekoppel eine Scheidung zu errichten, und dieselbe während der gedachten drei Jahreszeiten jeden Jahres zu unterhalten. Der Verklagte widersprach der Behauptung und dem Antrage des Klägers, und es ist auch durch die Urtel des Kreisgerichts zu Conitz vom 29. December 1866 und des Appellations-Gerichts zu Marienwerder vom 13. Mai 1867 auf Abweisung des Klägers erkannt worden.

Die Entscheidung des Appellations-Richters ist darauf gegründet, daß, da der Garten des Verklagten an die Weidekoppel des Klägers, also an die freie Feldflur grenze, die Unterhaltung des in Rede stehenden Zaunes als eine res merae facultatis anzusehen, und daß, wenn auch Seitens des Klägers ein Recht, von dem Verklagten diese Unterhaltung zu fordern, durch Verjährung habe erworben werden können, der Kläger doch in dieser Beziehung beweisfällig geblieben, weil durch die Aussagen der vernommenen Zeugen nicht erwiesen sei, daß Seitens der Besitzer des klägerischen Grundstücks das Setzen des Zauns als eine fortdauernde Schuldigkeit der Besitzer des Grundstücks des Verklagten gefordert worden, jedenfalls nicht, daß solches schon früher als im Jahre 1854 geschehen.

In der von dem Kläger gegen das Appellations-Urtel

Digitized by Google

eingelegten Nichtigkeits-Beschwerde sind zwei Angriffe gestellt worden. Bei dem ersten ist der Appellations-Richter der Verletzung der §§. 149. 151—153. 162. 167. 168. Thl. I. Tit. 8. A. L. R. beschuldigt und ausgeführt, daß die Einfriedigung der Grundstücke im Allgemeinen zwar eine res merae facultatis sei, hiervon aber der §. 162. cit. eine Ausnahme mache, für dessen Anwendbarkeit es nicht darauf ankomme, daß der Garten an die freie Feldflur grenze, und daß daher die Unterhaltungs-Verpflichtung des Verklagten schon aus dem Gesetze folge. Bei dem zweiten und zwar eventuellen Angriffe ist der Appellations-Richter beschuldigt, nicht nur die angeführten Gesetzesvorschriften, sondern auch die §§. 504 bis 507. Tit. 9. und den §. 107. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. verletzt zu haben, weil derselbe auch bei der Beurtheilung der behaupteten Verjährung von der irrigen Voraussetzung, daß die Verpflichtung zur Unterhaltung des Zauns eine res merae facultatis gewesen, ausgegangen und weil es sich nur darum habe handeln können, welcher der Parteien die Unterhaltungspflicht obliege, in welcher Beziehung es einer qualificirten Verjährung nicht bedürfe.

Die Nichtigkeits-Beschwerde ist durch das Erkenntniß des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 17. Dezember 1867 zurückgewiesen worden und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter legt seiner Entscheidung zum Grunde, daß nach den Vorschriften der §§. 149 ff. Tit. 8. Thl. I. A. L. R. eben so wie das Recht zum Setzen eines Zauns auf der Feldflur, auch die Unterhaltung oder Wegnahme eines auf der Feldflur gesetzten Zauns eine res merae facultatis sei. Hiergegen hat Implorant einen Angriff zu erheben nicht vermocht, wohl aber hat er einen solchen

Digitized by Google

dagegen gemacht, daß, wie der Appellations-Richter ferner angenommen hat, der in Rede stehende Zaun als ein auf der Feldflur gesetzter anzusehen, weil derselbe zwar einen Garten des Verklagten, diesen aber von der Weidekoppel des Imploranten, also von der freien Feldflur getrennt habe. Hierdurch soll der Appellations-Richter die §§. 149. 151—153. 162. 167. 168. Tit. 8. Thl. I. A. L. R. verletzt haben, und es ist dieser Vorwurf auf die Annahme gegründet, daß zur Anwendung des §. 162. cit. es nicht erforderlich sei, daß zwei Gärten, oder ein Garten und ein städtisches Grundstück aneinander stoßen.

Der Angriff konnte jedoch für gerechtfertigt nicht erachtet werden. Das Präjudiz 235, vom 21. April 1837. — Samml. I. S. 29. — stellt zwar als Rechtsgrundsatz auf:

> Befriedigungen in der freien Feldflur sind gestattet, aber deren Erhaltung ist, wenn der Nachbar nicht ein besonderes Recht darauf erworben hat, willkürlich. Scheidungen anderer Grundstücke aber, ohne dabei einen Unterschied zwischen städtischen und ländlichen zu machen, müssen erhalten werden, und zwar, wo nicht die Gesetze etwas besonderes darüber verordnen, von dem Eigenthümer.

Es hat aber durch den zweiten Theil dieses Satzes nur der Ansicht entgegen getreten werden sollen, daß die Unterhaltungspflicht in Betreff der Befriedigungen sich nur auf städtische und nicht auch auf ländliche, außerhalb der freien Feldflur belegene Grundstücke beziehe. Keinesweges ist aber durch dieses Präjudiz etwas über das Verhältniß von Grundstücken der letztgedachten Art zu der freien Feldflur bestimmt, und ausgesprochen, daß der Eigenthümer eines an die freie Feldflur grenzenden Grundstücks eine gegen diese angebrachte Befriedigung zu erhalten, und nicht eingehen zu lassen verpflichtet sei. Eine solche Verpflichtung läßt sich

Digitized by Google

auch nicht aus den Vorschriften der §§. 149. ff. Tit. 8. Thl. I. A. L. R. herleiten. Implorant beruft sich dafür auf den §. 163. a. a. O., indem er der Ansicht ist, daß für die Anwendung desselben nicht das Aneinandergrenzen zweier darin gedachter Grundstücke erforderlich sei. Der §. 168 lautet aber:

> Bei Zäunen oder Wellerwänden ist in der Regel jeder Besitzer städtischer Grundstücke und Gärten den Zaun rechter Hand, vom Eintritte in den Haupteingang, zu bauen und zu unterhalten schuldig.

Es sind daher Besitzer mehrerer Grundstücke der gedachten Art vorausgesetzt, und es wird angeordnet, daß ein jeder von ihnen die Befriedigung seines Grundstücks rechter Hand vom Eingange zu erhalten verpflichtet sein soll, wodurch der hiernach Verpflichtete in der Regel auch eine Berechtigung gegen seinen links angrenzenden Nachbar erhält. Dem entspricht denn auch die Bestimmung des §. 165. a. a. O., nach welcher ein zur linken Hand neu anbauender Nachbar, wenn er seinen Hof und Garten schließen will, den daselbst bereits vorhandenen Zaun seines Nachbars zur Unterhaltung übernehmen muß. Im Zusammenhange mit dem §. 162. steht aber auch die Vorschrift des §. 167., nach welcher der Quer- oder Rückzaun von beiden gegen einander stoßenden Nachbarn gemeinschaftlich angelegt und unterhalten werden muß, und es kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß bei dieser Vorschrift anstoßende Grundstücke vorausgesetzt sind, Rücksichts deren die gesetzliche Verpflichtung zur Erhaltung der Befriedigung in gleicher Weise Platz greift. Mit dem hiernach aus den Gesetzen hervorgehenden Grundsatze der Gegenseitigkeit und Ausgleichung der Grundbesitzer in Betreff der Verpflichtung zur Erhaltung der Befriedigungen

Digitized by Google

würde es aber im Widerspruche stehen, wenn man annehmen wollte, daß der Besitzer eines an die freie Feldflur stoßenden Grundstücks in Betreff der gegen diese angebrachten Befriedigung einer Unterhaltungspflicht, von welcher der Besitzer des anstoßenden Theils der freien Feldflur doch ausgenommen ist, unterworfen sei.

Jedenfalls muß es für die Entscheidung der vorliegenden Frage in dem oben nachgewiesenen Sinne den Ausschlag geben, daß in Gemäßheit der für die Unbeschränktheit des Eigenthums streitenden Vermuthung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen es dem Eigenthümer eines Grundstücks frei stehen muß, ob er eine auf demselben angebrachte Scheidung unterhalten will, oder nicht, und daß, wenn auch aus den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts über Scheidungen eine Einschränkung des Eigenthums zu folgern, dieser doch nur eine Ausdehnung, wie sie am wenigsten mit der Freiheit des Eigenthums in Widerspruch tritt, gegeben werden kann. Muß aber hiernach der Annahme des Appellations-Richters, daß es eine res merae facultatis gewesen, wenn Verklagter seinen, den ihm gehörigen Garten von der freien Feldflur trennenden Zaun unterhalten, beigetreten werden, womit auch die auf besonderen Verhältnissen beruhende Entscheidung vom 1. Juli 1851 (Striethorst's Archiv Bd. 2. S. 215.) nicht in Widerspruch steht, so ist dadurch sowie der erste, auch der zweite Angriff der Nichtigkeits-Beschwerde, bei welcher Implorant ebenfalls von der entgegengesetzten Annahme ausgeht, beseitigt.

Hiernach war die Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen, ohne daß es noch darauf ankommen kann, ob ein nur für den Frühling, Sommer und Herbst erhaltener und auch nur für diese Jahreszeiten bestimmter Strauchstand, um den es

Digitized by Google

sich handelt, unter den Begriff der Scheidungen fällt, auf welche sich die Vorschriften der §§. 149. ff. Tit. 8. Thl. I. des A. L. R. beziehen.

№ 4.

Zeitpunkt der Rechtskraft eines Todeserklärungsurtels. Anwendung der Rechtsregel: locus regit actum, auf Erbschafts-Entsagungen.

1. Mit welchem Zeitpunkte ist ein Todeserklärungs-Urtel für rechtskräftig anzusehen, wenn ein Rechtsmittel gegen dasselbe nicht eingelegt worden ist?
2. Hat eine in Frankreich erklärte Erbschafts-Entsagung, welche wegen Formmangels dort keinen rechtlichen Erfolg haben würde, in Preußen rechtliche Wirkung, wenn jene Erklärung den Erfordernissen einer gültigen Erbschafts-Entsagung nach preußischem Rechte entspricht?

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 367., Thl. II. Tit. 18 §§. 835. 838. 839.

A. G. O. Thl. I. Tit. 37.

Code civil Art. 784.

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 398—400.

Digitized by Google

Durch Erkenntniß des Stadtgerichts zu Breslau vom 19. November 1862 ist der nach Amerika ausgewanderte und dort verschollene E. Schubarth für todt erklärt worden, und es hat jenes Urtel vom 24. November ab vierzehn Tage lang bis zum 8. Dezember 1862 an der Gerichtsstelle öffentlich ausgehangen. E. S. hatte eine letztwillige Verfügung nicht hinterlassen und wurden als seine nächsten gesetzlichen Erben

1. die Wittwe K., eine leibliche Schwester seines Vaters,
2. der Rentier P. zu Paris, ein Bruder seiner Mutter,

festgestellt. Die Wittwe K. trat die Erbfolge in den Nachlaß des E. S. an, der Rentier P. entsagte dagegen der Erbschaft in einer notariellen Urkunde d. d. Paris 15. Januar 1863 unbedingt und ohne Vorbehalt (purement et simplement). In dieser Urkunde, welche von der Wittwe K. dem Nachlaßgerichte in Ausfertigung eingereicht ist, hat der Rentier P. zugleich jedem Ueberbringer einer Ausfertigung, oder eines Auszuges jener Urkunde Vollmacht ertheilt, die Entsagungs-Erklärung vor den Gerichtsschreibern aller Tribunale, die es angeht, zu wiederholen. Am Schlusse enthält die Urkunde den Vermerk des instrumentirenden französischen Notars, daß P. den Act nach erfolgter Vorlesung unterschrieben habe, die Ausfertigung zeigt jedoch nur die Unterschrift des Notars, nicht auch die des Rentier P.

Dieser Entsagung des P. ungeachtet wurde der Wittwe K. das alleinige und ausschließliche Erbschaftsrecht bezüglich des Nachlasses des E. S. streitig gemacht, namentlich — soweit es hier interessirt — von einer Demoiselle J. M. zu Paris, welche, als testamentarische Universalerbin des Rentier P., die Rechtsgültigkeit und Rechtsverbindlichkeit der von P. in der Urkunde vom 15. Januar 1863 declarirten Entsagung der Erbschaft in den Nachlaß des E. S. in Abrede stellte.

Digitized by Google

In Folge dessen erhob die Wittwe K. bei dem Stadtgerichte zu Breslau, als dem competenten Nachlaßforum, gegen die Demoiselle J. M. mit dem Antrage Klage:

durch Urtel und Recht die von dem Rentier P. in der notariellen Urkunde d. d. Paris 15. Januar 1863 erklärte Erbschaftsentsagung, auf die Erbschaft des E. S., der Verklagten gegenüber, für rechtsgültig zu erklären.

Die Verklagte beantragte, die Klage abzuweisen, indem sie einwendete:

1. Die Rechtskraft des Todeserklärungs-Erkenntnisses vom 19. November 1862 sei erst am 20. Januar 1863 eingetreten, da die Insinuation jenes erst mit dem 8. Dezember 1863 beendet und die Appellation gegen dasselbe statthaft gewesen; hieraus folge, daß die Entsagung des P. vom 15. Januar 1863 vor dem fingirten Todestage des Erblassers E. S. abgegeben, somit überhaupt ungültig sei.
2. Die Erklärung vom 15. Januar 1863 enthalte die formellen Bedingungen einer nach französischem Rechte gültigen Erbesentsagung nicht, denn dieselbe sei nicht, — wie der Art. 784. de Code civil vorschreibe — auf der Gerichtsschreiberei des Gerichtes erster Instanz in dem Bezirke, worin die Erbfolge eröffnet worden, in dem zu diesem Ende geführten Register geschehen.
3. Die Verhandlung vom 15. Januar 1863 sei aber auch nach preußischem Rechte für wirkungslos zu erachten, denn P. habe seine Erbesentsagung bei Gericht weder in Person, noch in einer eigenhändig unterschriebenen Vorstellung erklärt.

Im Wege der Beweisaufnahme ist constatirt worden, daß der Rentier P. die Urschrift (minute) des Notariatsaktes vom 15. Januar 1863, in welchem er auf die Erbschaft des

Digitized by Google

E. S. ohne Vorbehalt und ohne Bedingung verzichtet, eigenhändig unterschrieben hat. Es hat sich ferner, auf ergangene Requisition, der kaiserlich französische Procurator, in Paris, in einem an den Großsiegelbewahrer daselbst erstatteten Berichte vom 24. März 1864, dahin erklärt: daß die von dem Herrn P. am 15. Januar 1863 aufgenommene Verhandlung eine Declaration über die S.'sche Erbschaft enthalte, in dieser Hinsicht aber keinen nützlichen Zweck (nul effet utile) in Betreff des französischen Gesetzes (au point de vue du droit français) liefern könne, — — — daß jedoch die Urkunde geeignet sei, einen Bevollmächtigten zur Wiederholung der Entsagung in wirksamer Form zu legitimiren.

Der erste Richter, das Stadtgericht zu Breslau, wies durch Erkenntniß vom 20. Oktober 1865 die Klägerin mit ihrem Antrage ab, indem er den Einwand der Verklagten zu 1. für richtig und durchgreifend erachtete. Auf die Appellation der Klägerin erkannte jedoch das Appellationsgericht daselbst am 4. December 1866 reformatorisch nach dem Klageantrage. Es führte aus, daß das Todeserklärungs-Urtel vom 19. November 1862 bereits am 9. Januar 1863 die Rechtskraft beschritten hatte, die Erbesentsagung des P. am 15. Januar desselben Jahres daher rechtzeitig erfolgt, und im Uebrigen auch, für den vorliegenden Fall, als rechtsgültig und wirksam anzusehen sei.

Gegen das Appellations-Urtel legte die Verklagte die Revision ein, ersteres ist jedoch durch Erkenntniß des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 6. März 1868 bestätigt worden, und zwar aus folgenden

Gründen.

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß das Stadtgericht zu B. als Erbschaftsforum in Betreff des E. S. anzusehen ist, was auch nicht weiter bedenklich sein kann, da

Digitized by Google

B. als letzter Wohnort des Erblassers, resp. als Ort der Herkunft desselben zu betrachten ist, — Parteien sind ferner dahin einig, daß der Rentier P. und die Klägerin die alleinigen Erben des E. S. und zwar zu gleichen Theilen geworden sind, dergestalt, daß, wenn der eine von den Erben der Erbschaft gültig entsagt hatte, der ganze Nachlaß dem anderen zufallen mußte. Zur Beurtheilung des erhobenen Prozeß-Anspruchs kommt es daher auf die Entscheidung der Frage an, ob die von dem Rentier P. am 15. Januar 1863 zu Paris notariell erklärte Erbschafts-Entsagung auf den E. S.'schen Nachlaß rechtsgültig ist, und zwar sowohl in materieller als formeller Hinsicht.

Die materielle Gültigkeit der P.'schen Entsagung hängt zunächst davon ab, ob dieselbe am 15. Januar 1863 rechtzeitig abgegeben war, und es ist daher zu erörtern, welcher Zeitpunkt als der entscheidende für den Anfall der E. S.'schen Erbschaft anzusehen, und ob die Entsagung des P. vor oder nach diesem Zeitpunkte stattgefunden hat? In ersterer Beziehung verordnet der §. 835. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R.:

> Bei Bestimmung dieser — der gesetzlichen Erbfolge — kommt es auf den Tag an, an welchem das auf Todeserklärung ergangene Urtel rechtskräftig wird;

und hiermit in Uebereinstimmung sprechen auch die §§. 838. 839. l. c. von einer rechtskräftig feststehenden Todeserklärung Es ist hieraus zu folgern, daß ein Erkenntniß auf Todeserklärung nicht immer sofort in Rechtskraft übergeht, daß vielmehr im Allgemeinen Rechtsmittel dagegen zulässig sind — ferner, daß der Tag der Rechtskraft des Erkenntnisses als der Todestag des Verschollenen anzusehen ist. Die Richtigkeit der letzteren Folgerung ergiebt sich auch aus §. 367. Tit. 9. Thl. I. A. L. R., wonach der Tag des Todes eines

Digitized by Google

Erblassers dem ganz gleich gestellt wird, an welchem Jemand für todt erklärt wird.

Dagegen erscheint es nicht ganz zweifellos, welcher Tag als der Tag der Rechtskraft eines Todeserklärungs-Urtels anzusehen ist, ob, wie der Richter erster Instanz annimmt, derselbe erst mit dem Ablaufe des Fatale zur Einlegung des zulässigen Rechtsmittels, oder, wie der Appellations-Richter ausführt, schon mit der Publikation des Urtels eintritt. Die letztere Ansicht ist jedoch als die richtigere anzusehen. Welches die zulässigen Rechtsmittel gegen ein Todeserklärungs-Urtel sind, ist zwar aus den Gesetzen nicht ganz klar zu entnehmen, es kommt aber hier auch nicht weiter darauf an, da die Zulässigkeit von Rechtsmitteln überhaupt, wie oben ausgeführt, nicht zu bezweifeln ist. Wenn nun §. 1. Tit. 16. der Prozeß-Ordnung bestimmt:

> Wenn gegen ein in erster oder zweiter Instanz ergangenes Urtel die zulässigen Rechtsmittel innerhalb der vorgeschriebenen Fristen nicht eingewendet, oder auch, wenn in der Revisions-Instanz gesprochen worden, so ist ein solches Urtel rechtskräftig, —

so folgt daraus noch nicht, daß als Tag der Rechtskraft des Erkenntnisses in allen Fällen der Tag nach Ablauf des Fatale angesehen werden müsse. Es ist nur gesagt, daß vor Ablauf des Fatale, oder bevor in dritter Instanz gesprochen worden, der Tag der Rechtskraft sich nicht feststellen lasse. Hierdurch wird aber die Richtigkeit der Annahme nicht ausgeschlossen, daß nach Ablauf des Fatale der Tag der Rechtskraft nicht auf einen früheren Zeitpunkt, — hier den der Publikation — zurückgezogen werden dürfte. Da im vorliegenden Falle thatsächlich ein Rechtsmittel gegen das Todeserklärungs-Urtel vom 19. November 1862 nicht eingelegt worden ist, so steht hiernach kein Hinderniß entgegen, den

Digitized by Google

Tag der Rechtskraft dieses Urteils auf den der Publikation zurückzuziehen.

Es sprechen aber auch positive Gründe dafür, den Tag der Publikation des Todeserklärungs-Urteils als den Tag der Rechtskraft im vorliegenden Prozesse anzusehen, und das Ober-Tribunal hat bereits in einer früheren Entscheidung vom 19. März 1852 (Entscheid. Bd. 22. S. 370.) ganz allgemein den Grundsatz aufgestellt:

> Wann aber die Rechtskraft in dem Falle eintritt, wo ein Urtel erster Instanz ergangen, ein Rechtsmittel zulässig und davon nicht Gebrauch gemacht ist, darüber hat das Gesetz sich im Allgemeinen nicht ausgesprochen, und in einem solchen Falle muß man annehmen, daß jedes Urtel mit dessen Insinuation, wo nicht gar schon mit dessen Verkündung, als rechtskräftig gelte und nicht die Rechtskraft bis zum Ablaufe der Frist des Rechtsmittels suspendirt bleibe, vielmehr nur durch den Gebrauch des Rechtsmittels innerhalb der sechswöchentlichen Frist wieder gehoben werde.

Dieser allgemeine Grundsatz ist auch auf Todeserklärungs-Urtel anzuwenden, denn der Tit. 37. der Prozeß-Ordnung enthält keine Bestimmung, welche demselben widerspräche.

Auch der vom Appellations-Richter in Bezug genommene §. 665. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. spricht für die Ansicht, daß der Tag der Publikation eines Erkenntnisses, wenn kein Rechtsmittel dagegen eingelegt worden, als der der Rechtskraft anzusehen ist. Dort heißt es:

> Wird ein Ehegatte durch Urtel und Recht für todt erklärt, so findet die Erbfolge in sein Vermögen ebenso statt, als wenn er am Tage des publizirten Erkenntnisses gestorben wäre.

Digitized by Google

Wenn Verklagter in dem Revisions-Berichte dagegen ausführt, daß die Vorschrift dieses §. 665. l. c. nicht generalisirt werden dürfe, weil Tit. 18. Thl. II. A. L. R. sedes materiae sei, und die dort getroffenen Bestimmungen das Gegentheil ergäben, da der §. 835. das. ausdrücklich zwischen dem ergangenen und dem rechtskräftigen Urtel unterscheide, so erscheinen diese Ausführungen nicht zutreffend. Denn diese Unterscheidung beweist für den vorliegenden Fall nichts, da sie die Möglichkeit nicht ausschließt, daß unter gewissen Verhältnissen nach Ablauf des Fatale nicht beide Zeitpunkte in ihren Wirkungen zusammenfallen könnten. Nicht mit Unrecht hat der Appellations-Richter zur Unterstützung der Ansicht, daß der Tag der Publikation des Urtels als der Tag der Rechtskraft desselben zu betrachten, auch noch den §. 771. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. in Verbindung mit §. 12. des Gesetzes vom 20. März 1854 (Ges. S. S. 115) herangezogen und ausgeführt, daß beiden Gesetzesstellen derselbe Zweck zum Grunde liege, die in erster Instanz obsiegende Partei vor dem Nachtheile der Verschleppung der Sache durch die vom Gegner eingewendeten Rechtsmittel möglichst zu schützen, daß §. 771. l. c. diesen Grundsatz zwar speciell auf Ehescheidungsprozesse angewendet, der §. 12. l. c. aber die Anwendung generalisirt habe. Wenn schon im §. 771. l. c. der Zeitpunkt der Scheidung auf den Tag des bestätigten ersten Urtels zurückgerechnet werden muß, wo also der Fall vorausgesetzt ist, daß gegen das Urtel Rechtsmittel ergriffen sind, so muß dieses um so mehr Anwendung finden, wenn, wie im vorliegenden Falle, von dem Rechte, ein Rechtsmittel einzulegen, gar kein Gebrauch gemacht worden ist.

Ist hiernach anzunehmen, daß sowohl im Allgemeinen, als auch für den speciellen Fall, die Rechtskraft des Todeserklärungs-Urtels, gegen welches ein Rechtsmittel nicht ein-

Digitized by Google

gelegt worden, auf den Tag der vollendeten Publication, hier also auf den 9. Dezember 1862, zurückzuziehen war, so folgt daraus zugleich weiter, daß die P.'sche Entsagung am 15. Januar 1863 nach der Rechtskraft des Urtels vom 19. November 1862, also rechtzeitig abgegeben, und nach dieser Richtung hin gültig war.

Aber auch der gegen die formelle Gültigkeit dieser Entsagung erhobene Einwand, daß die Urkunde vom 15. Januar 1863 um deshalb ungültig sei, weil dieselbe ihrer Form nach weder dem französischem noch dem Preußischen Gesetze entspreche, kann für durchgreifend nicht erachtet werden. Zuvörderst war dem Appellations-Richter dahin beizutreten, daß bezüglich der Form der Willenserklärung des P. die Gesetze des Orts an welchem letztere abgegeben, hier also die französischen, zur Anwendung kommen mußten, und zwar nach der Rechtsregel: locus regit actum, deren Gültigkeit für das preußische Recht von dem Ober-Tribunale bereits wiederholt Anerkennung gefunden hat. (cfr. Entscheidungen Bd. 35. S. 368. und Bd. 43. S. 52.) Daß diese Regel auch auf Entsagungen einer Erbschaft Anwendung findet, kann nicht zweifelhaft sein; es ist auch im vorliegenden Processe hierüber kein Streit weiter. Es handelt sich hier vielmehr nur darum, ob bezüglich der Form der P.'schen Entsagung die Vorschriften des französischen Rechts beobachtet waren, und ob, soweit dieselben nicht gewahrt sind, die Form jener Entsagung dennoch den Vorschriften des preußischen Rechts genüge, und die Entsagung danach wirksam sein könnte. Dieses mußte bejaht werden.

Bei den zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts vorgeschriebenen Förmlichkeiten sind nun zu unterscheiden solche, welche als wesentliche gelten, d. h. die Bedeutung der Form der Abschließung — Perfection — haben, und unwesent-

Digitized by Google

liche, d. h. solche, die bloß zur Beglaubigung, als Beweismittel dienen sollen. Mangelt einem Rechtsgeschäfte jene wesentliche Form, so ist dasselbe von Anfang an nichtig; mangelt dagegen nur eine solche Förmlichkeit, die zur Beglaubigung dient, wie die gerichtliche oder notarielle Form im Allgemeinen, so ist das Rechtsgeschäft zwar unwirksam, kann aber unter gewissen Bedingungen convalesciren. Nach französischem Rechte war nun die Urkunde vom 15. Januar 1863 unzweifelhaft unwirksam; denn der Art. 784. des Code civil schreibt vor, daß die Entsagung einer Erbschaft nur auf der Gerichtsschreiberei des Gerichts erster Instanz geschehen darf, also gerichtlich abgegeben werden muß. Der Umstand, daß jene Urkunde nur notariell aufgenommen worden, machte dieselbe aber nach französischem Rechte noch nicht nichtig, welcher Ansicht auch der Berichterstatter an den Großsiegelbewahrer in seinem Gutachten vom 24. März 1864 ist, da er die Urkunde für geeignet hält, einen Bevollmächtigten zur Wiederholung der Entsagung in wirksamer Form, d. h. vor dem zuständigen Gerichte zu legitimiren. Da außerdem die Urkunde ihrem Inhalte nach klar und Seitens der Parteien anerkannt, auch die Qualification des instrumentirenden Notars unbestritten ist, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß jene Urkunde nach französischem Rechte ihrer äußeren Form nach, gültig, obwohl ihre Wirksamkeit nach jenem Rechte ausgeschlossen ist.

Auf diese äußere Form bezieht sich aber auch nur der obige Rechtsgrundsatz locus regit actum; — nicht auch auf die Wirksamkeit, wenn das Rechtsgeschäft an einem anderen Orte als dem, wo es entstanden ist, in Wirksamkeit treten soll. Das war nun hier der Fall. Die P.'sche Entsagung mußte bei dem Erbschaftsforum zu Breslau in Wirksamkeit treten, in dieser Beziehung also nach dem Allgemeinen Land-

Digitized by Google

rechte beurtheilt werden. Nach den Vorschriften des letzteren reicht die Form jener Entsagung aus, um den beabsichtigten Effect zu haben. Hier wird nicht verlangt, daß die Erbschafts-Entsagung — wie im französischen Rechte nach Art. 784. l. c. — in einem besonderen Register des Erbschaftsforum geschehen müsse, vielmehr ist in den §§. 398. 399. 400. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. nur verordnet, daß die Entsagung bei Gerichten, entweder in Person, oder durch eine von dem Entsagenden eigenhändig unterschriebene Vorstellung, erklärt werden muß; die letztere Form soll jedoch nur dann genügen, wenn die Unterschrift gerichtlich, oder durch einen Notarius beglaubigt ist, oder, falls eine solche Beglaubigung nicht stattgefunden, doch nachgewiesen werden kann, daß die eingekommene Erklärung dem Willen des Entsagenden gemäß sei. Nun ist die Erklärung vom 15. Januar 1863 als Erbschafts-Entsagung des P. in der vorgelegten Form, Seitens der Verklagten J. M. in deren Klagebeantwortung anerkannt, es steht danach fest, daß diese Urkunde ihrem Inhalte nach eine Entsagung ist; es ist ferner durch das amtseidliche Zeugniß des Notars V. in Paris erwiesen, daß P. die Verhandlung vom 15. Januar 1863 im Originale eigenhändig unterschrieben hat; es liegt also eine schriftliche Erbschafts-Entsagung vor, die der Erklärende eigenhändig unterschrieben hat, während die Unterschrift von einem Notar beglaubigt ist. Somit sind die Requisite vorhanden, welche die §§. 398 — 400. l. c. zur Gültigkeit einer Erbschafts-Entsagung an und für sich erfordern. Der Einreichung des Originals dieser Erklärung bedurfte es nicht; denn, wie der Appellations-Richter zutreffend ausgeführt hat, und durch §. 40. der Notariats-Ordnung vom 11. Juli 1845 bestätigt wird, hat eine Ausfertigung gleiche Wirkung, wie die Original-Verhandlung, wenn letztere vor Gericht oder Notar auf-

Digitized by Google

genommen ist, und es würde mit der Beschaffenheit einer ausgefertigten Urkunde, wie dieselbe nach dem jetzt bestehenden Verfahren in Preußen wie in Frankreich, hergestellt wird, in Widerspruch stehen, wenn auf Grund des §. 398. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. verlangt würde, daß in dem der Nachlaßbehörde zu übergebenden Schriftstücke die Unterschrift des der Erbschaft Entsagenden sich in Urschrift vorfinden müsse.

Auch die in dem Revisionsberichte wiederholte Behauptung der Verklagten, die P.'sche Entsagung könne auch um deshalb als gültig geschehen nicht erachtet werden, weil dieselbe weder von P. in Person, noch durch einen hierzu besonders Bevollmächtigten, sondern durch die Klägerin, die nicht dazu bevollmächtigt gewesen, dem Gerichte übergeben worden sei, kann als durchgreifend nicht anerkannt werden. Denn die Klägerin sollte nicht die Entsagung Namens des P. vor Gericht zu Protocoll erklären, sondern nur die über jene von P. selbst abgegebene Erklärung ausgefertigte Urkunde dem Gerichte überreichen, und hierzu bedurfte es keiner Special-Vollmacht. Denn P. hätte diese Urkunde eben so gut durch die Post, oder auf anderem Wege direct an das Nachlaßgericht einsenden können, wie er sich jetzt der Uebermittelung durch die Klägerin bedient hat. Auch liegt in dem Umstand, daß P. die Urkunde der Klägerin zugestellt hat, was nicht bezweifelt werden kann, da Klägerin unbestritten diese Urkunde dem Nachlaßgerichte eingereicht hat, sowie darin, daß beide als alleinige Miterben zu dem E. S.'schen Nachlasse ein gemeinschaftliches Interesse hatten, ein genügender Grund vor, um nach §. 120. Tit. 13. Thl. I. A. L. R. das Vorhandensein einer vermutheten Vollmacht zu rechtfertigen.

Daß endlich die Entsagungs-Erklärung verspätet, d. h. nach Ablauf der §§. 384. 385. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. vorgeschriebenen dreimonatlichen Frist zu den Nachlaßacten

Digitized by Google

eingekommen sei, ist von der Verklagten nicht behauptet worden, und es muß daher die Rechtsgültigkeit der P.'schen Erbesentsagung vom 15. Januar 1863 in materieller, wie formeller Hinsicht nach allen Seiten hin, als erwiesen betrachtet werden. Ist dieses aber der Fall, dann ist die Berechtigung des Klageanspruches nicht weiter zweifelhaft und die denselben zur Geltung bringende Entscheidung des Appellations-Richters gerechtfertigt.

№ 5.

Verjährung durch Besitz.

Wird der Erbe, welcher eine dem Erblasser in Pfand gegebene Sache im Nachlasse, ohne Kenntniß von dem Pfandgeschäfte, vorgefunden und in der redlichen Meinung, daß sie zum Nachlasse gehöre, zehn Jahre besessen hat, durch die zehnjährige Ersitzung auch gegen die Contraktsklage des Verpfänders auf Rückgabe der Sache, gegen Bezahlung der Pfandschuld, geschützt?

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 613. 614. 617., Tit. 20. §§. 251. 252.

Mittelst gerichtlichen Uebertragscontracts vom 23. Oktober 1848 haben die Eheleute Heinrich Wilhelm W. genannt P., und Anna Elisabeth geborene P. ihr gesammtes Vermö-

Digitized by Google

gen und insbesondere das lütke P. Colonat ihrem Sohn Hermann Heinrich übertragen, und nach dessen Tode hat seine Wittwe dieses Colonat ihrem minderjährigen Sohne Heinrich P. mittelst notariellen Vertrages vom 9. Oktober 1858 übertragen sich aber für sich und ihren etwaigen zweiten Ehemann den Nießbrauch auf dreißig Jahre vorbehalten. In beiden Verträgen ist das Grundstück „Wahlbrink" Flur 15. Nr. 149., 5 Mrg. 11. Rth. 45 Fß., als ein Theil des Colonates aufgeführt.

Die Kläger, Landwirth S.'schen Eheleute, dagegen sind Eigenthümer des H. Colonates, indem die Eheleute B. genannt H. mittelst notariellen Vertrages vom 8. Juni 1865 ihr gesammtes Vermögen, namentlich ihr Colonat, ihrer Tochter, der klagenden Ehefrau übertragen haben. Die Kläger behaupten, daß ein Theil des gedachten Grundstücks „Wahlbrink", nämlich ungefähr 2 Morgen 92 Ruthen, welcher durch die Natür noch in seinen Grenzen als besonderes Grundstück ausgezeichnet sei, zum H. Colonat gehöre, von ihrem Vorbesitzer vor vierzig Jahren dem Heinrich Wilhelm W. genannt P. für ein Capital von 60 Thlr. in Antichrese gegeben und ausdrücklich bedungen sei: daß derselbe das Grundstück so lange für die Zinsen dieses Capitals benutzen dürfe, bis ihm das Capital zurückgezahlt werde. Sie haben gegen den minorennen Heinrich P. und dessen Mutter und Stiefvater, die Eheleute Hubert A., dahin geklagt:

1. die Verklagten zur Herausgabe des in Flur 15. Nr. 149. und zwar nördlich belegenen Gründstücks zur Größe von etwa 2 Morgen 92 Ruthen gegen Bezahlung von 60 Thlr. zu verurtheilen,
2. die mitverklagten Hubert A.'schen Eheleute für verpflichtet zu erachten, über die Nutzungen des Grundstücks seit 1828 Rechnung zu legen und dem nach Abzug dre

Digitized by Google

landesüblichen Zinsen verbleibenden Betrag ihnen herauszugeben.

Sie stützen diesen letzteren Antrag darauf, daß der antichretische Vertrag nicht gerichtlich bestätigt worden sei.

Die Verklagten haben die vorstehenden Behauptungen bestritten.

Das Kreisgericht zu Münster hat am 27. Februar 1867 die Kläger mit der Klage abgewiesen, und das Appellations-Gericht daselbst am 12. September dies bestätigt, weil von Seiten der Kläger nicht behauptet sei, daß Verklagte, oder ihr letzter Vorbesitzer Hermann Heinrich P. das behauptete antichretische Pfandverhältniß gekannt hätten; ihr Besitz des Grundstücks müsse also als ein redlicher gelten; dem Hermann Heinrich P., auf welchen der Besitz durch Uebertragungs-Vertrag vom 23. October 1848 gelangt sei, stehe danach der titulus pro haerede zur Seite; es habe für ihn nach §§. 251. und 252. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. sofort die erwerbende Verjährung — §. 579. Tit. 9. — angefangen, die Verklagten hätten dieselbe nach §. 613 das. fortgesetzt, und dieselbe sei nach §. 620. ebendaselbst in zehn Jahren, d. h. im October 1858 vollendet.

Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat die hiergegen eingelegte Richtigkeits-Beschwerde mittelst Erkenntnisses vom 20. März 1868 für begründet erachtet, das Appellations-Erkenntniß aber aufrecht erhalten, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter stützt seine Entscheidung auf die spezielle Vorschrift der §§. 251. 252. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R., wonach

die Erben des Pfandgläubigers, wenn sonst die Erfordernisse der Verjährung bei ihnen vorhanden sind, eine Ver-

Digitized by Google

jährung zum Erwerbe des Eigenthums des Pfandes mit dem Tage des Erbanfalls anfangen können.

Er wendet diese Paragraphen und die §§. 579. 620. Tit. 9. ebendas. darum auf den Vorbesitzer der Verklagten, den Hermann Heinrich P. an, weil ihm, auf den bereits durch den Uebertragungscontract vom 23. October 1848 der Besitz des streitigen Grundstücks gediehen, der titulus pro haerede zur Seite gestanden habe, so daß die Verjährung in zehn Jahren, d. h. im October 1858, vollendet gewesen sei. Der Uebertragungscontract vom 23. October 1848 ist aber nach §. 656. Tit. 12. ebendas. ein Vertrag unter Lebendigen. Der Appellations-Richter hat daher, indem er einen titulus pro haerede annimmt, diesen Paragraphen verletzt, und in Folge dessen alle vorstehenden Paragraphen auf eine nicht zutreffende Voraussetzung angewendet. Die Nichtigkeits-Beschwerde ist hiernach begründet.

Bei der nun eintretenden freien Beurtheilung muß aber von vorn herein anerkannt werden:

daß der in einem generellen Uebertragungs-Contracte d. h. einem Vertrage, durch welchen ein ganzer Vermögensinbegriff übertragen wird, enthaltene Erwerbstitel für die Befähigung des Annehmers, aus eigenem Rechte eine Verjährung anzufangen, nicht hinter den titulus pro haerede zurückstehen kann.

Der Erbe tritt in alle vermögensrechtlichen Verhältnisse des Erblassers ein, in den Vermögens-Inbegriff zur Zeit des Erbanfalls, der Annehmer eines gesammten Vermögens in den Vermögensinbegriff zur Zeit des Uebertragungscontracts. In diesem Sinne ist das Eine, wie das Andere eine Universalsuccession.

Anhang zu A. L. R. §. 19., Präjudize 1008. 2060.

Digitized by Google

Motive des Plenarbeschlusses vom 4. Juni 1866. — Entscheidungen Band 55. S. 295. 305. 307. 309 310. — Es steht hiernach der Uebergang der Verpflichtungen des Erblassers auf den Erben dem Uebergange der Verpflichtungen des Uebertragenden auf den Annehmer im Wesentlichen gleich; weiter aber, als der erstere, geht der letztere nicht.

Die Kläger haben nichts angeführt, was auf eine Unredlichkeit des Hermann Heinrich P., als er durch den Uebertragscontract vom 23. October 1848 Besitzer des ganzen Grundstücks Fl. 15. Nr. 149., namentlich auch des streitigen Theiles desselben wurde, hindeutete. Die Behauptung der Verklagten,

daß schon um das Jahr 1816 ein Vorgesessener der Kläger von dem alten W. „das Geld für das Grundstück" geholt und W. gesagt habe:

er habe jetzt das Grundstück bezahlt und gekauft, es gehöre jetzt sein,

läßt einen Schluß auf solche Unredlichkeit nicht zu, würde sogar, wenn sie begründet ist, für das Gegentheil sprechen. Da die Redlichkeit des Besitzes vermuthet wird, so fehlt es an diesem Erfordernisse für eine von Hermann Heinrich P. im October 1848 angefangene Verjährung nicht.

Es fragt sich nun, was aus der Eingangs gedachten, für Erben gegebenen, nach dem Vorstehenden aber auch dem Annehmer eines Vermögensinbegriffs zu Statten kommenden Vorschrift der §§. 251. 252. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. für den vorliegenden Fall herzuleiten sei. Sie enthalten unzweifelhaft (vergl. Entscheid. Bd. 17. S. 136.) eine Anwendung der Grundsätze der §§. 614. und 617. Tit. 9. wonach

jeder Nachfolger im Besitze, er sei Erbe oder nicht, außer dem Falle des §. 584. die Verjährung anfangen kann,

Digitized by Google

wenngleich der Besitz seines Vorfahren unredlich gewesen ist, und wonach der Erbe, um eine neue Verjährung der im Nachlasse vorgefundenen Sachen anzufangen, keines besonderen Titels bedarf.

Hiernach genügt der Titel des Erbrechts, titulus pro haerede, zur Erwerbung des Eigenthums an den im Nachlasse vorgefundenen Sachen mittelst der zehnjährigen Verjährung. Dies ist in den Ober-Tribunals-Erkenntnissen vom 26. Mai 1848 und vom 29. März 1852 (Entscheid. Bd. 17. S. 133 bis 136 und Band 22. S. 297. bis 303.) ausgeführt worden.

Die im Allgemeinen von Erwerbung des Eigenthums mittelst Verjährung handelnden §§. 614. 617. Tit. 9. sprechen sich freilich nicht darüber aus, wie die Sache zu stehen komme, wenn dem ursprünglichen Eigenthümer, gegen welchen die Verjährung auf Grund des titulus pro haerede geltend gemacht werden soll, eine Contractsklage auf Herausgabe der Sache gegen den Erblasser, dessen Erbe diese Eigenthumsverjährung geltend macht, zustand. Sie haben in ihrer Allgemeinheit auch nicht gerade einen solchen Fall vor Augen.

Aber die §§. 250. bis 252. haben doch ganz bestimmt das Contractsverhältniß zwischen dem Pfandschuldner und Pfandgläubiger vor Augen. Dem Pfandgläubiger selbst versagt darum der §. 250 jede Verjährung zum Erwerbe des Eigenthums des Pfandes, seinen Erben gewähren die §§. 251. 252. eine solche, ohne zu unterscheiden, ob auch für die Contractsklage, welche ja passiv auf die Erben übergegangen war, die Verjährung durch Nichtgebrauch schon vollendet sei. Man muß sich hierbei erinnern, daß unter den Lehrern des gemeinen Rechts es streitig war, ob und in wie weit eine usucapio pro haerede stattfinde. (Vergl. Gruchot, Beiträge Jahrgang 8. S. 129.—136.). Auf Grund der l. 3. D. pro haerede 41, 5.:

Digitized by Google

Plerique putaverunt, si haeres sim et putem, rem aliquam ex haereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

führt Voet ad Pandectas lib. 41. Tit. 5. §. 1. aus:

daß der Erbe eine dem Erblasser geliehene, zum Pfande gegebene oder bei ihm deponirte Sache, welche der Erbe für eine eigene Sache des Erblassers hält, zwar alsdann wegen der ihm entgegenstehenden mala fides des Erblassers nicht usucapiren könne, wenn schon der Erblasser sie usucapiren wollte, daß aber, wenn der Erblasser sie nur als geliehen, verpfändet und deponirt hinter sich haben wollte, der Erbe usucapiren könne.

Voet macht in keiner Weise einen Vorbehalt, daß dem Verleiher, Verpfänder, Deponenten die Contractsklage bleibe, setzt daher offenbar voraus, daß mit der Usucapion des Erben alles erledigt sei.

Augenscheinlich ist dies auch die Meinung bei der Redaction der §§. 251. 252. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. gewesen. Dabei ist der von Voet gemachte Unterschied weggefallen, weil absichtlich der Grundsatz des römischen Rechts: daß mala fides des Erblassers dem Erben entgegenstehe, geändert ist.

Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. 3. S. 432. 433. —

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 614.

Gesetz-Revision Pensum XIII. Berlin 1829 No. 2. Motive S. 155. 156.

Der im Jahre 1839 gedruckte revidirte Entwurf des Allg. Landrechts hat in den §. 334. Thl. I. die Grundsätze der §§. 613. 614. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. wieder aufgenommen, an Stelle des §. 617. den §. 344. gesetzt:

Um eine neue Ersitzung solcher Sachen, die in dem Nach-

Digitized by Google

lasse vorgefunden worden, anzufangen, gilt für den Erben das Erbrecht als Titel. Auch ist der Erbe nach vollendeter Ersitzung zu keiner Entschädigung weiter verpflichtet;

und statt der §§. 250. bis 252. Tit. 20. den §. 1106. hingestellt:

Der Pfandgläubiger selbst kann eine Verjährung zum Erwerbe des Eigenthümers (soll heißen: Eigenthums) des Pfandes niemals anfangen; in wiefern dies von seinen Erben geschehen könne, ist nach den allgemeinen Vorschriften über die Verjährung zu beurtheilen. (§§. 334. 335.)

In den Motiven Seite 90. und 91. heißt es:

Es habe im Princip etwas Störendes, daß der Erbe die dem Erblasser geliehene oder zum Pfande gegebene Sache als Eigenthümer zu besitzen solle anfangen können. Die persönliche Klage auf Rückgabe des geliehenen, des verpfändeten Gegenstandes würde grundsätzlich gegen ihn fortdauern und erst in dreißig Jahren erlöschen. Der Entwurf sei aber bei dem Allgemeinen Landrechte stehen geblieben, es sei indeß angenommen, daß, wenn der Erbe auf Grund seines Erbrechts, als eines Titels, solle erwerben können, auch nach abgelaufener Verjährung durch Besitz keine Contractsklage mehr gegen ihn stattfinden dürfe. Darum habe der Entwurf mit dem Satze: daß für den Erben das Erbrecht als Titel gelte, die Bestimmung verbunden, daß nun auch gegen den Erben weiter kein Entschädigungsanspruch stattfinde.

Was hier de lege ferenda mit Bewußtsein als das Richtige angenommen worden ist: daß nach vollendeter Verjährung durch Besitz auch keine Contractsklage mehr gegen den Erben stattfinden dürfe, muß schon, wie in der obigen Ansicht des Voet und anderer Rechtslehrer für die Leih-Pfand- und Verwahrungs-Verträge (Vergl. Struve, Syntagma jur.

Digitized by Google

civil. Exerc. 43. th. 32. — Gesterding, Lehre vom Eigenthume S. 289 ff. — Gruchot a. a. O. S. 131.), so auch speziell für den Pfandvertrag in der Vorschrift des §. 251. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. enthalten gefunden werden, weil sonst dieser Paragraph illusorisch gemacht werden würde.

In Gruchot Beiträgen a. a. O. S. 135. wird auch für den Verwahrungs-Vertrag, wenn der Erbe des Verwahrers einer fremden Sache diese zehn Jahre hindurch in dem Glauben, daß sie zum Nachlasse gehöre, besessen hat, aus dem §. 617. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. hergeleitet, daß der Vertragsanspruch des Niederlegers auf Zurückgabe oder Entschädigung erloschen sei. Es kann dahin gestellt bleiben, ob dies richtig sei. Für das in vorliegender Sache behauptete Pfandgeschäft genügt es, daß für den Pfandcontract die ausdrückliche Vorschrift des §. 251. Tit. 20. im Allg. Landrecht enthalten ist, welche nach dem Obigen dem Annehmer eines ganzen Vermögens-Inbegriffs nicht minder als dem Erben zu Statten kommt.

Aus diesen Gründen mußte das Appellations-Erkenntniß seinem ganzen Inhalte nach aufrecht gehalten werden.

Digitized by Google

№ 6.

Collision zwischen Eigenthums- und Hypothek-Prätendenten.

Kann ein Gläubiger, welcher zur Zeit der Anmeldung des ihm vom Eigenthümer verliehenen Titels zur Hypothek von einem von demselben Eigenthümer herrührenden, alsdann bestehenden Titel eines Dritten zum Eigenthume Kenntniß hat, durch die Eintragung seiner Forderung in das Hypothekenbuch eine Hypothek mit rechtlicher Wirkung diesem Dritten gegenüber erwerben?

A. L. R. Thl. I. Tlt. 10. §. 25., Tit. 19. §§. 4. 5. Plenarbeschluß vom 12. Juni 1843. Präjudiz 1302. (Entscheid. Bd. 9. S. 25.).

Anton Sch. vertauschte das Boley Gut mittelst Vertrages vom 29. Januar 1863 an den Landwirth B., welcher aber die Uebergabe erst am 1. October 1864 erlangte. Am 23. März 1863 stellte Anton Sch. seinem Vater Johann Sch., welcher von diesem Tauschcontracte Kenntniß hatte, eine Obligation über 4000 Thlr. aus, welche am 26. Mai 1863 zur Eintragung in das Hypothekenbuch präsentirt wurde. Am 2. Juli 1864 wurde in das Hypothekenbuch zu Gunsten des B. eine Protestation gegen fernere Dispositionen des Anton Sch. eingetragen. B. hat gegen Anton Sch. und Johann Sch. dahin Klage erhoben, dieselben für nicht berechtigt zu

Digitized by Google

erklären, das Kapital von 4000 Thlr. in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, und die gegen diese Eintragung zu seinem Gunsten vermerkte Protestation für begründet zu erachten.

Das Kreisgericht zu Lüdenscheid hat am 17. Juli 1866 nach diesem Antrage gegen beide Verklagte — und zwar gegen den Anton Sch. seinem Anerkenntnisse gemäß — erkannt, und auf die Appellation des Johann Sch. das Appellations-Gericht zu Hamm am 14. Januar 1867 dies Erkenntniß bestätigt. Die Gründe, soweit sie die oben aufgestellte Rechtsfrage betreffen, ergeben sich aus dem Nachfolgenden.

Die von Johann Sch. noch eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 28. October 1867 zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Die Ausführung des Appellations-Richters: daß der Tauschvertrag vom 29. Januar 1863 zwischen dem Kläger und dem Anton Sch. rechtsbeständig abgeschlossen und zur Ausführung gelangt ist, ist in der Nichtigkeits-Beschwerde nicht angegriffen worden.

Die Vorderrichter setzen auch fest, daß der Kläger seit dem 1. October 1864 den Besitz des Boley-Gutes ergriffen und ausgeübt habe. Er ist daher Eigenthümer dieses Guts geworden und darum berechtigt, negatorisch, auch wenn er den Vertrag seiner Seits dem Anton Sch. gegenüber noch nicht vollständig erfüllt haben sollte, gegen den Verklagten Johann Sch. auf Ausschließung des von diesem beanspruchten Hypothekenrechts zu klagen. Der Vorwurf, daß der Appellations-Richter den §. 1. Tit. 10. und §. 10. Tit. 19. Thl. I. des A. L. R. verletzt habe, ist hiernach unbegründet.

Der Hauptsitz der Materie über den Schutz des Eigenthums und des Titels zum Eigenthume gegen andere Eigen-

Digitized by Google

thumsprätendenten und gegen Prätendenten anderer dinglicher Rechte ist der Tit. 10. Thl. I. des A. L. R. in Verbindung mit den §§. 3. und folg. Tit. 19.

Der Tit. 10. enthält für unbewegliche Sachen Ausnahmen von der Regel des §. 101. der Einleitung:

Niemand kann dem Andern mehrere Rechte übertragen, als er selbst hat.

Aber diese Ausnahmen erfordern durchgängig den guten Glauben des Andern. In allen von diesem guten Glauben handelnden §§. 10. 11. 24. 25. Tit. 10. besteht dies Erforderniß darin:

daß man nicht auf formelles Recht sich stützen kann, wenn man weiß, daß die materielle Berechtigung fehlt.

Das formelle Recht, einem Andern zu verkaufen, zu verpfänden, Reallasten zu stipuliren, hat der bisherige Eigenthümer, welcher schon einem Dritten verkauft aber noch nicht übergeben hat; denn er ist noch Eigenthümer. Aber er hat seine wahre Berechtigung dazu verloren, weil er dem Dritten schon das Recht zur ganzen Sache stipulirt hat. Wer dies weiß, kann also in gutem Glauben von ihm nicht mehr das geringste dieses Recht zur ganzen Sache schmälernde Recht zur Sache erwerben. Darum kann ein dem entgegen ihm verliehener Titel zum Eigenthume oder zu einem das Eigenthum beschwerenden Rechte, einem jus in re, nicht durch Uebergabe oder Eintragung den Character eines für zu Recht bestehenden dinglichen Rechtes erlangen.

Am Schlusse des ganzen Titels 10. lautet der §. 25.:

Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiß, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen.

Der Anschluß dieses §. 25. an die vorhergehenden §§. 18.

Digitized by Google

bis 24., welche unzweifelhaft nur von den mit einander streitenden Prätendenten des Eigenthums handeln, läßt sich dafür anführen, daß auch der §. 25. an sich nur den Streit zwischen zwei Prätendenten des Eigenthums vor Augen habe, die viel allgemeinere Fassung des §. 25., als des §. 24., dagegen und seine Stellung am Schlusse des ganzen 10. Titels, in welchem die §§. 7. bis 11. das wirklich erlangte Eigenthum, den Verhandlungen über alle zu erwerbenden Rechte, Eigenthums-Ansprüche und Ansprüche auf andere dingliche Rechte gegenüber, im Auge haben, ließe sich vielleicht für eine weitere Auslegung des §. 25. anführen: daß derselbe schon an sich, wie die §§. 10. 11. 24. das erlangte Eigenthum, so nun auch den Titel zum Eigenthum gegen den bösen Glauben in Betreff jedes durch Uebergabe oder Eintragung zu erwerbenden dinglichen Rechtes habe schützen sollen.

Mag aber der §. 25. an sich auch nur von dem Streite zwischen zwei Eigenthumsprätendenten reden, so ist doch damit auch aller Streit zwischen dem Eigenthumsprätendenten, welcher einen älteren Titel hat, und Jedem, der auf Grund eines jüngeren Titels irgend ein dingliches Recht durch eine zur Zeit, wo er jenen älteren Titel kannte, erlangte Uebergabe oder Eintragung erworben haben will, entschieden. Kann derjenige, welcher die ganze Sache kauft, bezahlt, übergeben erhält und die Besitztitel-Berichtigung erlangt, wegen solchen bösen Glaubens auch nicht das geringste Recht an der Sache behalten, wie sollte bei gleichem bösen Glauben der, welcher sich nur ein einzelnes dingliches Recht, Reallast, Hypothek ꝛc. hat bestellen lassen, und nur dessen Eintragung erlangt hat, davon irgend etwas behalten können?

Diese durchgreifende Wirkung des bösen Glaubens, wo es sich um Erwerbung des dinglichen Rechts handelt,

Digitized by Google

Vergl. Temme in der jur. Wochenschrift Jahrgang 11. S. 129. bis 133.

Plathner ebendas. Jahrg. 13. S. 558. bis 561.

Koch A. L. R. Bd. 2. Anmerk. 3. zum §. 5. Tit. 19. Thl. I.

ist denn auch in den §§. 4. und 5. Tit. 19. Thl. I. A. L. R., auf welche weiter unten zurückgekommen werden soll, sehr allgemein nnd in mehreren einzelnen Bestimmungen des Allg. Landrechts für spezielle Fälle anerkannt und vom Ober-Tribunal wiederholentlich geltend gemacht worden.

1. Die Vorschrift des §. 631. Tit. 20. Thl. I. A. L. R.:

> Kann der Käufer überführt werden, vor erhaltener Uebergabe gewußt zu haben, daß einem Andern ein persönliches Vorkaufsrecht zustehe, so kann er zum Nachtheile desselben die erfolgte Uebergabe nicht vorschützen,

bezieht sich allerdings nur auf zwei mit einander streitende Eigenthumsprätendenten.

2. Der §. 5. Tit. 21. aber:

> Nutzungsrechte, die weder mit dem Besitze der Sache verbunden, noch in das Hypothekenbuch eingetragen sind, können in der Regel nur so lange ausgeübt werden, als die belastete Sache sich in den Händen desjenigen, der dem Berechtigten persönlich verpflichtet war, oder seiner Erben befindet. (Tit. 19. §§. 5. 6.)

verweist durch dies Allegat ausdrücklich auf die in den allegirten Paragraphen ausgesprochenen Grundsätze vom bösen Glauben, und der darauf folgende §. 6. Tit. 21. setzt dem bösen Glauben eines Eigenthumsprätendenten, einem Nutzungsberechtigten gegenüber, schon den Fall gleich, wenn jenem das

Digitized by Google

persönliche Verhältniß des bisherigen Eigenthümers gegen den Berechtigten, woraus vermöge des Gesetzes ein Nutzungsrecht entspringt, bekannt war oder ohne mäßiges Versehen nicht unbekannt sein konnte.

3. Speziell für Pacht und Miethe bestimmt der §. 359. Tit. 21.:

> War die Pacht oder Miethe zu der Zeit des Verkaufs durch Uebergabe noch nicht vollzogen, so finden zwischen dem Pächter oder Miether und dem Käufer die allgemeinen Vorschriften des 19. Tit. §§. 3. bis 6. Anwendung.

4. Mit Hinweisung auf die vorstehend ad. 1. bis 3. angezogenen Paragraphen und auf den §. 3. Tit. 19., welcher gerade vom neuen Erwerber handelt, und von dessen Regel die unmittelbar folgenden Paragraphen Ausnahmen enthalten, hat das Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 29. Januar 1848 (Entscheidungen Band 16. S. 194. bis 203.) ausgeführt: daß die §§. 4. und 5. Tit. 19. im Allgemeinen auf die Collision eines Titels zum Eigenthum mit einem Titel zu einem das Eigenthum beschränkenden Rechte Anwendung finden, dabei erwogen, daß die abgedruckte Begründung des Plenarbeschlusses vom 12. Juni 1843. Präjudiz 1302. (Entscheidungen Band 9. S. 25. u. ff.) dies zwar im Allgemeinen verneine, der Plenarbeschluß selbst aber (der ja allein bindend ist) dieß nicht bestimme, und in das Präjudizienbuch unter der Nummer 1981 den Satz eintragen lassen:

> Auch bei Collisionen zwischen persönlich stipulirten Reallasten und Eigenthumsansprüchen an ein und dasselbe Grundstück entscheiden Besitz und guter Glaube.

Auch das spätere Erkenntniß vom 29. November 1849 (Ent-

Digitized by Google

scheidungen Band 18. Seite 361. bis 326.) verweiset wegen Ueberganges einer Reallast auf den neuen Erwerber auf die §§. 5. 6. Tit. 19. und auf das eben gedachte Erkenntniß vom 29. Januar 1848.

Für die Frage, ob zum Nachtheile desjenigen, welchem ein Grundstück veräußert, jedoch noch nicht übergeben worden ist, nach dieser Veräußerung ein Anderer, welcher von dieser Veräußerung Kenntniß hat, noch dingliche Rechte auf das Grundstück mit rechtlicher Wirkung erwerben kann, bleibt es sich gleich, mögen diese dinglichen Rechte ein Nutzungsrecht, eine Reallast oder eine Hypothek betreffen. In allen diesen Fällen kann ja der Veräußerer das Grundstück Jenem, wenn gegen ihn für diesen Andern das dingliche Recht besteht, immer noch zum Eigenthum übergeben, aber nicht mehr so, daß er darüber bedungener Maaßen (§. 135. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R.) verfügen kann, nicht mehr ein in demselben rechtlichen Zustande, wie zur Zeit des geschlossenen Kaufs stehendes Grundstück, nicht mehr ein dem neuen Nießbrauche nicht unterworfenes, ein pachtfreies, ein mit der neuen Reallast nicht belastetes, mit der neuen Hypothek nicht beschwertes Grundstück. Es ist aber z. B. der Nachtheil, statt eines pachtfreien ein verpachtetes Grundstück zum Eigenthum zu erhalten, für den Käufer in vielen Fällen lange nicht so empfindlich, als statt eines hypothekfreien ein mit einer neuen großen Hypothek beschwertes zu erhalten.

5. Der §. 264. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R.

> Sind Sachen unter gewissen Bedingungen verkauft und übergeben worden, so stehen diese Bedingungen einem Dritten, in Erwerbung eines Rechts auf die Sache nur so weit entgegen, als er erweislich Wissenschaft davon gehabt hat,

bezieht unzweifelhaft sich eben so auf die Erwerbung von Hypo-

Digitized by Google

thekenrechten, als von anderen Rechten auf die Sache. Hat also Jemand sein Gut unter der Bedingung verkauft, daß der Kauf rückgängig werde, wenn ihm binnen zehn Jahren ein Sohn geboren werde, hat der Käufer die Uebergabe und Besitztitel-Berichtigung erlangt, ohne daß die Bedingung in das Hypothekenbuch eingetragen ist, und hat er einem Dritten, welcher die Bedingung kannte, eine bedeutende Hypothek mit dem Gute bestellt, so wird, wenn dem Verkäufer im zehnten Jahre ein Sohn geboren wird, der Kauf rückgängig und der gedachte Gläubiger muß die Löschung der Hypothek sich gefallen lassen.

Allerdings steht dies in Verbindung mit dem Grundsatze des §. 33. Tit. 19:

> Rechte auf und zu fremden Sachen erlöschen, wenn das Recht desjenigen, welcher sie bestellt hat, aufhören, und die Sache an einen Andern fällt, der auf selbige, schon vor Einräumung jener Befugnisse, einen gegründeten Anspruch hatte.

Aber eben, daß dieser Grundsatz gegen denjenigen Hypothekengläubiger, für welchen von dem einer Resolutiv-Bedingung unterworfenen Erwerber eine Hypothek bestellt und eingetragen worden ist, des §. 410. Tit. 20. ungeachtet, dann und nur dann angewendet werden kann, wenn er von der Resolutiv-Bedingung Kenntniß hatte, zeigt die durchgreifende Wirkung des bösen Glaubens dahin:

> daß auch eine Hypothek, welche der zeitige wahre Eigenthümer bestellt hat, für denjenigen Gläubiger, welcher weiß, daß ein Dritter bereits gegründete Ansprüche darauf hat, das Eigenthum künftig zu erwerben, diesem Dritten gegenüber nicht mit rechtlicher Wirkung erworben werden kann.

Das Recht desjenigen, welcher eine Sache unter einer Resolutiv-Bedingung verkauft und übergeben hat, zu dieser Sache

Digitized by Google

ist seiner Natur nach kein anderes, als das Recht eines g
wöhnlichen Käufers, welchem die Sache noch nicht übergebe
ist, nämlich ein Titel, während beim gewöhnlichen Kaufe d
Käufer einen unbedingten Titel hat. Er kann also nic
schlimmer stehen als Jener.

6. Der über die §§. 4. und 5. Tit. 19. Thl. I. d
A. L. R. am 12. Juni 1843 ergangene Plenarbeschluß Pr
judiz 1302, Entscheidungen Band 9, Seite 25. lautet:

> Diese Paragraphen finden in dem Falle keine Anwendung
> wenn die Collision zwischen einem Hypothekengläubiger und
> einem Eigenthums-Prätendenten dergestalt stattfindet, daß
> entweder jener zur Zeit der nachgesuchten Eintragung der
> Hypothek, oder zur Zeit der nachgesuchten Eintragung sei-
> nes Besitztitels auf den Grund des mit dem früheren
> Besitzer geschlossenen Contracts, so wie auf den Grund der
> geschehenen Uebergabe, von dem früher entstandenen per-
> sönlichen Rechte seines Gegners unterrichtet gewesen ist.

Es kann den Anschein gewinnen, als habe dieser Plenarbe
schluß für beide darin bezeichneten Fälle den bösen Glauben
für unschädlich erklären wollen. Die abgedruckte Begründung
ergiebt aber, daß in derselben — a. a. O. S. 33. 34.:

a. der erste Collisionsfall:

> daß der Gläubiger die Eintragung einer Forderung
> nachsucht, für welche ihm ein Titel zur Hypothek
> geworden ist, während er weiß, daß die Sache,
> welche ihm die Hypothek gewähren soll, sich bereits
> in der Hand eines Dritten befindet,

auf Grund des §. 10. Tit. 10. gegen die Hypotheken-Prä-
tendenten gerade wegen des ihm fehlenden guten Glaubens
entschieden wird.

b. Für den zweiten Fall:

> daß ein Dritter eine Sache eigenthümlich erwirbt,

Digitized by Google

welche, wie ihm nicht unbekannt, einem Andern zur Hypothek bestellt, die betreffende Forderung aber nicht eingetragen ist,

kann, wie es S. 34. heißt, ein Conflict, wie ihn die §§. 4. bis 6. Tit. 19. voraus setzen, nicht eintreten. Die Einsetzung einer Sache zur Hypothek berührt, so lange der Gläubiger nicht davon den ihm zuständigen Gebrauch macht, die Sache selbst nicht, Niemand braucht so lange darauf Rücksicht zu nehmen. S. 35. a. a. O. Weil es rein facultativ sei, ob der Gläubiger von der Hypothekbestellung durch Anmeldung Gebrauch machen wolle, wird S. 35. eine Collision zwischen dem nicht angemeldeten älteren Titel zur Hypothek und dem jüngeren Titel zum Eigenthum vermißt. Das ist also das practische des Plenarbeschlusses: daß er für diesen Fall einen bösen Glauben des Eigenthums-Prätendenten verneint, während der umgekehrte Fall ad a. gerade wegen des bösen Glaubens des Hypotheken-Prätendenten gegen diesen auf Grund des im §. 410. Tit. 20. angezogenen §. 10. Tit. 10. entschieden wird, der Plenarbeschluß also für diesen Fall nur die negative Bedeutung hat, daß für ihn die Entscheidung nicht in den §§. 4. und 5. Tit. 19., sondern in dem Titel 20. in Verbindung mit dem Titel 10. zu suchen ist.

Allerdings reden die im §. 410. Tit. 20. angezogenen §§. 7. bis 11. Tit. 10. nur von dem schon erlangten Eigenthum, von dem Gegensatze zwischen dem in Wahrheit erlangten und dem nach Angabe des Hypothekenbuchs erlangten und von dem bösen Glauben in Beziehung auf dieſen Gegensatz, nicht in Beziehung auf den Gegensatz zwischen dem noch bestehenden Eigenthume des Veräußerers und dem Titel zum Eigenthume, welchen der Andere von ihm erhalten, aber die Uebergabe, also das Eigenthum noch nicht erlangt

Digitized by Google

hat. Auch beziehen sich die oben mitgetheilten Worte in der Begründung des Plenarbeschlusses: „daß die Sache sich bereits in der Hand eines Dritten befindet", so wie einige andere Stellen in der Begründung auf schon erlangtes Eigenthum. Aber der damals dem Ober-Tribunal zur Entscheidung vorliegende Prozeß in Sachen des Predigers M. Klägers wider den J. C. K. als Curator der erbschaftlichen Liquidationsmasse des Gottfried G. Verklagten, betraf, wie in der Begründung des Plenar-Beschlusses Seite 28. 29. mitgetheilt worden, den Fall, wo der Kläger von der Wittwe G. im März 1834 deren Grundstücke gekauft, aber selbst zur Zeit des Prozesses noch nicht übergeben erhalten hatte; im Mai 1834 hatte der Verklagte eine gegen die Verkäuferin erstrittene Judicatforderung auf diese Grundstücke, von deren Verkauf an den Kläger er Kenntniß hatte, zur Eintragung angemeldet, und diese Eintragung demnächst erlangt. Der Kläger klagte auf deren Löschung und hatte in erster Instanze ein günstiges Erkenntniß erhalten, war aber in zweiter Instanz, weil er die Uebergabe der Grundstücke noch nicht erlangt habe, also noch nicht Eigenthümer sei, wegen mangelnder Activlegitimation abgewiesen worden. Speziell über diesen Fall ist nun in der Begründung des Plenarbeschlusses, nachdem wegen der von dem eingetragenen aber nicht wahren Eigenthümer bestellten Conventional-Hypothek der §. 10. Tit. 10. im Wesentlichen wörtlich mitgetheilt worden, a. a. O. S. 33. gesagt:

> Dieselbe Vorschrift muß aber auch alsdann gelten, wenn es sich, wie in der Sache des Predigers M. gegen den ... Curator um die Geltendmachung eines Titels zur Hypothek im Wege der Execution zu einer Zeit handelt, wo dem die Eintragung suchenden Gläubiger die inzwischen

Digitized by Google

erfolgte Veräußerung des ihm verpfändeten Grundstücks bekannt geworden ist.

Der in diesem Satze hervorgehobene Gegensatz gegen die in dem §. 10. Tit. 10. gedachten Verhandlungen mit dem eingetragenen Besitzer liegt hauptsächlich darin, daß in diesem Satze von einer ohne Zuziehung des Besitzers erfolgenden Geltendmachung eines Titels zur Hypothek im Wege der Execution die Rede ist. In Bezug auf das Grundstück hat aber der Satz, dem damals vorliegenden Falle entsprechend, doch nur die erfolgte Veräußerung, nicht eine schon erfolgte Uebergabe, also nicht erlangtes Eigenthum des Käufers, sondern nur den Titel Desselben zum Eigenthum vor Augen.

7. Der damalige Proceß in Sachen des Predigers M. wider den G.'schen Curator ist denn auch, nach dem der Plenarbeschluß von 12. Juni 1843 ergangen war, mittelst Erkenntnisses des zweiten Senats vom 5. August 1843 auf Grund des §. 10. Tit. 10. und §. 410. Tit. 20. zu Gunsten des Klägers Prediger M. entschieden worden. Obwohl Kläger, weil ihm die Naturalübergabe nicht geleistet worden, noch nicht das dingliche Eigenthum erworben habe, so habe er doch einen Titel zum Eigenthum erworben, ein Recht zur Sache (jus ad rem); Verklagter habe davon gewußt und daher keine dem Rechte desselben präjudicirende Eintragung in Antrag bringen können, so wenig wie man bei gleicher Wissenschaft, selbst Eigenthumsrechte erwerben könne.

Diese letztere Bemerkung stimmt mit dem überein, was oben über die materielle Tragweite des §. 25. Tit. 10. oder über die aus ihm zu ziehende Consequenz — mag er auch an sich nur von dem Streite zweier Eigenthumsprätendenten reden — gesagt worden ist. Mit derselben stehen die vorstehend gedachten Vorschriften der §§. 4. 5. Tit. 19. §. 631.

Digitized by Google

Titel 20., §§. 5. 6. 359. Tit. 21., §. 264. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. im Einklange, und der Plenarbeschluß vom 12. Juni 1843 enthält keine Abweichung von dem daraus sich ergebenden ganz allgemeinen Grundsatze des Allgemeinen Landrechts:

Bei einer Collision verschiedener Titel zu dinglichen Rechten auf dieselbe Sache, sei es zum Eigenthum oder zu einem anderen dinglichen Rechte, besteht ein durch Uebergabe oder durch Eintragung in das Hypothekenbuch erlangtes dingliches Recht dem älteren Titel des Andern gegenüber nur für Denjenigen zu Recht, welcher die Uebergabe oder Eintragung in gutem Glauben, d. h. ohne den älteren mit seinem Titel collidirenden Titel des Andern zu kennen, erlangt hat.

Von dieser Regel giebt es nicht Eine Ausnahme. Der ältere Titel zur Hypothek enthält jedoch, so lange der Gläubiger von der facultativen Befugniß, ihn zum Hypothekenbuche anzumelden, nicht Gebrauch macht, nach den Gründen des Plenarbeschlusses vom 12. Juni 1843 keine Collision mit einem jüngeren Titel zum Eigenthum oder zu irgend einem dinglichen Rechte. Er ist bis dies geschieht, von keinem Dritten zu berücksichtigen.

Aus dem vorstehenden durchgreifenden Grundsatze des Preußischen Rechts über den guten Glauben folgt darum der Rechtsgrundsatz:

daß der Gläubiger, welcher zur Zeit der Anmeldung des ihm vom Eigenthümer verliehenen Titels zur Hypothek von einem von demselben Eigenthümer herrührenden, alsdann bestehenden Titel eines Dritten zum Eigenthum Kenntniß hat, durch die Eintragung seiner Forderung in das Hypothekenbuch eine Hypothek mit rechtlicher Wirkung diesem Dritten gegenüber nicht erwerben kann.

Digitized by Google

Er kann daher auch die Eintragung, wenn sie noch nicht erfolgt ist, diesem Dritten gegenüber nicht erlangen.

Der Appellationsrichter erkennt nun an, daß Anton Sch., welcher das Boley-Gut mittelst Tauschcontracts vom 29. Januar 1863 an den Kläger veräußert, demselben aber am 23. März 1863 noch nicht übergeben hatte, damals noch wahrer und alleiniger Eigenthümer desselben war und einem gutgläubigen Dritten darauf noch mit voller Wirksamkeit Rechte bestellen konnte. Weil aber der Verklagte, sein Vater, damals Kenntniß von dieser Veräußerung gehabt habe, so stehe seine mala fides dem Erwerbe eines Hypothekenrechts aus dem von seinem Sohne ihm am 23. März 1863 ausgestellten Verpfändungsacte entgegen. Dies ergebe sich aus §. 5. Tit. 19. Thl. I. des A. L. R., welche Gesetzbestimmung auf den vorliegenden Conflict des Eigenthumsprätendenten mit dem Prätendenten eines dinglichen Rechtes, wie aus §. 3 hervorgehe, recht eigentlich ihren Platz finde.

Weil der Letztere der Prätendent eines Hypothekenrechts ist, so verstößt diese Bemerkung über den §. 5. allerdings gegen den oben mitgetheilten Tenor des Plenarbeschlusses vom 12. Juni 1843. Diese Bemerkung steht aber nicht allein da, vielmehr fährt der Appellationsrichter fort:

> Diesen Bestimmungen liegt, dem allgemeinen Charakter des Gesetzbuchs völlig entsprechend, die Ansicht zum Grunde, daß die an und für sich eintretende Wirkung einer Handlung, soweit solche in bösem Glauben vorgenommen worden, nicht anzuerkennen, und daher dem Berechtigten in Bezug auf Denjenigen, gegen welchen der Erstere mala fide gehandelt hat, der Rechtsschutz zu entziehen sei, daß also das an und für sich stärkere Recht — hier die Hypothekenbestellung und Anmeldung bei der Hypothekenbehörde —

Digitized by Google

dem schwächeren — hier dem bloß persönlichen Rechte — weichen müsse.

Der Appellationsrichter stützt hiernach seinen Ausspruch über die Wirkung der mala fides im vorliegenden Falle nicht lediglich auf seine Bemerkung über die Anwendbarkeit des §. 5. Tit. 19., sondern zugleich und im letzten Grunde auf dieselben allgemeinen Grundsätze des Allgemeinen Landrechts über die mala fides, deren Richtigkeit vorstehend gerade für die Collision eines Titels zum Eigenthum mit dem Anspruche desjenigen, welcher mit Kenntniß von diesem Titel einen Titel zur Hypothek zur Eintragung angemeldet hat, ausgeführt worden ist. Darum kann der gegen diesen Ausspruch gerichtete Angriff der Nichtigkeits-Beschwerde, daß der Appellationsrichter die §§. 4. bis 6. Tit. 19. und den Plenarbeschluß vom 12. Juni 1843 verletze, nicht von Erfolg sein.

Ueber die von den Vorderrichtern mitgetheilte Behauptung des Verklagten, daß schon vor Abschluß des Kaufcontracts zwischen seinem Sohne und Abraham L. vom 5. Januar 1863, als er für seinen Sohn 4000 Thlr. Kaufgeld bezahlt habe, vereinbart sei, daß diese auf das Bolcy-Gut eingetragen werden sollten, ist der in der Klagebeantwortung angetretene Beweis von den Vorderrichtern nicht erwähnt worden. Die Behauptung ist aus doppeltem Grunde unerheblich, weil eine mündliche Vereinbarung keinen Titel zur Hypothek giebt, und weil nach dem vorstehend ausgeführten Rechtsgrundsatze die dem Gläubiger zur Zeit der Anmeldung seines Titels zur Hypothek beiwohnende Kenntniß von dem alsdann bestehenden Titel des Dritten zum Eigenthum entscheidend ist. Auch der auf §. 5. No. 10a. der Verordnung vom 14. December 1833 und Art 3. Nr. 4 der Declaration vom 6. April 1839 gestützte Angriff ist also verfehlt.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen mußte die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen werden.

№ 7.

Wirkungen der obrigkeitlichen Regulirung bei Gründung neuer Ansiedelungen. Form der Vollziehung außergerichtlicher Verhandlungen durch Analphabeten.

1. Beziehet sich die in dem Gesetze vom 3. Januar 1845, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, §. 9. und §§. 25. bis 29. vorgeschriebene, von dem Landrathsamte oder von der Ortsobrigkeit vorzunehmende Regulirung auch auf Gegenstände des Privatrechts?
2. Ist die zur Gültigkeit eines Vertrages vorgeschriebene Form nach § 129. Tit. 10. Thl. I. der Allg. Ger.-Ord. oder nach dem Allg. Landrechte zu beurtheilen?
3. Wie ist in Ansehung Schreibensunkundiger bei Aufnahme der im §. 129. Tit. 10. Thl. I. der Allg. Ger.-Ord. gedachten Protocolle zu verfahren?

Digitized by Google

Gesetz vom 3. Januar 1845, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen. (Ges. S. S. 25.)

Gesetz vom 24. Februar 1850, betreffend einige Abänderungen des gedachten Gesetzes. (Ges. S. S. 68.)

Gesetz vom 24. Mai 1853, betr. die Ergänzung desselben Gesetzes. (Ges. S. S. 241.) Allg. Ger.-Ord. Thl. I. Tit. 10. §. 129., Anhang dazu §. 70.

Der Eigenthümer B. beabsichtigte, sich in dem Dorfe Z. neu anzusiedeln. Zur Regulirung der diese Ansiedelung betreffenden Verhältnisse, welche durch das Landrathsamt erfolgte, wurde auch der Büdner W., der Nachbar des Eigenthümers B., zugezogen. In der betreffenden Verhandlung vom 26. Februar 1866 erklärte der Büdner W.:

Ich bin Nachbar des B. und beabsichtige auf meinem Grundstücke einen Torfschuppen zu erbauen. Wenn B. keine Fenster nach meiner Hofseite offen läßt, habe ich nichts einzuwenden.

B. entgegnete:

Ich will nach der Hofseite des W. keine Fensteröffnung anbringen, oder aber drei Fuß von der Grenze entfernt bleiben.

Der Schreibens unkundige Eigenthümer B. unterkreuzte die Verhandlung, bei welcher ein Schreibzeuge nicht zugezogen wurde. B. aber erhielt in Folge jener Regulirung den polizeilichen Consens zur Erbauung eines neuen Wohnhauses. Er errichtete auch dasselbe und brachte darin nach der Hofseite des W. hin verschiedene Fenster an, ohne die Entfernung von drei Fuß inne zu halten. Büdner W., sich auf die Regulirungs-Verhandlung vom 24. Februar 1866

Digitized by Google

stützend, fand sich hierdurch in seinen Rechten gekränkt. Er beantragte daher:

den Eigenthümer B. zu verurtheilen, entweder die vorbezeichneten Fenster zu schließen, oder den östlichen Hausgiebel seines Hauses bis auf drei Fuß von der Grenze des klägerischen Grundstücks zurückzuziehen.

Diesem Antrage gemäß wurde auch von dem Kreisgerichte zu Landsberg a. W. am 13. Februar 1867 erkannt. Verklagter appellirte jedoch, und das Appellations-Gericht zu Frankfurt a. O. wies auch laut Entscheidung vom 20. Jun 1867, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, den Kläger mit seinem Antrage ab.

Nunmehr wurde vom Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt. Er führte aus, daß die Regulirungs-Verhandlung vom 26. Februar 1866, auch wenn sie, wegen Mangels der schriftlichen Form, nicht bindend sein sollte, dennoch dem Kläger als ein mündlicher Vertrag zu statten kommen müsse, welchem Vertrage, weil Kläger denselben erfüllt habe, auch von dem Verklagten durch Gewährung der bedungenen Gegenleistung nachzukommen sei. In dieser Richtung wurde der zweite Richter der Verletzung der §§. 131. 135. 165. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. und der §§. 25. 26. 29. des Gesetzes vom 3. Januar 1845, §. 12. des Gesetzes vom 24. Februar 1850, sowie §. 14 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 beschuldigt. Eventuell trat Implorant, auch in dieser Beziehung im Gegensatze mit dem zweiten Richter, mit der weiteren Behauptung auf, daß die bei der Regulirungs-Verhandlung beobachtete Form die rechtliche Verbindlichkeit des Verklagten auch formell begründe. Dem Appellations-Richter wurde vorgeworfen, durch seine entgegenstehende Annahme die §§. 172. 173. Tit. 5 und

Digitized by Google

§. 129. Tit. 10. Thl. I. der Allg. Ger.-Ord., sowie §. 70 des Anhanges zu derselben verletzt zu haben.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals verwarf jedoch zufolge Entscheidung vom 1. Februar 1868 die Nichtigkeits-Beschwerde. Bezüglich der oben gedachten Angriffe lauten die

Gründe

dahin:

Implorant beschuldigt den Richter zunächst der Verletzung der §§. 131. 135. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. Nach diesen Vorschriften bedürfen der schriftlichen Form Verträge, deren Gegenstand 50 Thlr. übersteigt, sowie Verträge und Erklärungen über Grundgerechtigkeiten.

Diese Rüge wird indessen von dem Imploranten nicht motivirt und ist unbegründet, weil die von dem Verklagten übernommene Verbindlichkeit allerdings eine Grundgerechtigkeit involviren würde, um so mehr als Verklagter gesetzlich weder verpflichtet war, von der unbebauten Grenze des Nachbars drei Fuß entfernt zu bleiben, noch auch sich der Fensteröffnung gänzlich zu enthalten. Der weiterhin als verletzt berufene §. 165. verordnet aber:

Hat der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt und sind diese sämmtlich geleistet worden, so muß die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen.

Der zweite Richter würde diese Vorschrift anwenden, wenn Kläger in dem Vertrage eine Gegenleistung übernommen hätte. Die Existenz einer solchen wird von dem Richter verneint, wenn gleich er zugiebt, daß die Erklärung des Klägers eine Begebung seines Widerspruchs gegen die projectirte bauliche Anlage enthalte. Diese Begebung nämlich sei keine Gegenleistung, weil es der Einwilligung des Klägers als Nachbars gesetzlich nicht bedurft habe, und thatsächliche Gründe, weshalb Kläger dem Baue habe widersprechen kön-

Digitized by Google

nen, gar nicht vorlägen. Somit habe der Kläger auf Grund des mündlichen Vertrages nichts geleistet; er könne daher auch die mündlich bedungene Gegenleistung nicht verlangen.

Implorant spricht es nicht geradehin aus, daß nach den Gesetzen zur Ertheilung des Ansiedlungs- und Bau-Consenses die Einwilligung der Nachbarn erforderlich sei. Er betrachtet aber die Erklärung des Klägers in der Verhandlung vom 26. Februar 1866 als eine Einwilligung in den Bauconsens, welche einen Verzicht auf die Einreden des Klägers enthalte. Welcherlei Einreden Kläger etwa gehabt habe, und von welcher Beschaffenheit dieselben seien, darüber schweigt Implorant. Er behauptet aber, daß der Verzicht auf die — nicht angegebenen — Einreden eine vermögensrechtliche Leistung involvire, und beschuldigt den zweiten Richter einer Verkennung des Charakters des in der erwähnten Verhandlung abgeschlossenen Vertrages.

Wenn es hierbei lediglich auf die thatsächliche Auffassung der in dieser Verhandlung niedergelegten Erklärung ankäme, so müßte die Nichtigkeitsbeschwerde ohne Weiteres daran scheitern, daß der zweite Richter jene Erklärung nicht als eine Verzichtleistung auf thatsächlich begründete Einreden auffaßt, vielmehr annimmt, daß derartige Einreden des Klägers überhaupt nicht vorlagen und also den Gegenstand eines Verzichts nicht bilden konnten. Implorant behauptet aber auch, daß die Argumentation des Richters die Gesetze, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedlungen, verletze, und zwar speciell §§. 25. 26. 29. des Gesetzes vom 3. Januar 1845, §. 12. des Gesetzes vom 24. Februar 1850, §. 14. des Gesetzes vom 24. Mai 1853.

Zunächst ist in formaler Beziehung zu bemerken, daß nach der Angabe des Imploranten das Gesetz vom 24. Feb-

Digitized by Google

ruar 1850 sich S. 53 der Gesetzsammlung abgedruckt befinden soll, und daß Implorant auf §. 12 dieses Gesetzes verweist. Das Gesetz indessen, welches Implorant im Sinne hat, ist S. 68—69 abgedruckt und enthält nur 4 Paragraphen; es bleibt daher völlig unklar, was mit dem §. 12. gemeint sein soll. Im Uebrigen ist zum Verständniß der als verletzt bezogenen Vorschriften zu bemerken:

Zur Zertheilung von Grundstücken und zur Bildung neuer Ansiedlung bedarf es der Regel nach eines Consenses der Verwaltungsbehörde im öffentlichen Interesse nicht. Nöthig aber ist die Regulirung gewisser öffentlicher Interessen und im Fall der Ansiedlung durch Errichtung eines neuen Wohngebäudes auf einem selbstständig gewordenen und bisher unbewohnten Grundstücke, der Bauconsens der Behörde; auch kann die Gründung einer neuen Ansiedlung innerhalb einer ländlichen oder städtischen Feldmark untersagt werden.

Bei der Regulirung derjenigen Verhältnisse, welche zugleich eine neue Ansiedlung betreffen, sind zuzuziehen: die Gutsherrschaft, als Inhaberin der Polizeigewalt, die Kirche, die Pfarre, die Schule, die Gemeinde, die sonst dabei Betheiligten, unter Aufsicht des Staats stehenden Institute oder Gesellschaften, z. B. Deichverbände, ferner die Contrahenten. — (§§. 25. 26. des Gesetzes vom 3. Januar 1845, §. 9. das.) — Gegenstand der Regulirung sind: die Abgaben und Leistungen, welche die Natur öffentlicher Lasten haben und auf dem dismenbrirten Grundstück haften, oder in Rücksicht auf dessen Besitz zu entrichten sind, (§. 7. Nr. 1., §. 9. l. c.), und außerdem bei neuen Ansiedlungen die öffentlichen Lasten, welche die neuen Ansiedler in dem neuen Verbande zu übernehmen haben. — §. 26. l. c. — Hiervon handeln die §§. 25. 26., welche als verletzt berufen sind. Der §. 27. so-

Digitized by Google

dann setzt fest, daß die Ansiedlung untersagt werden kann, wenn davon Gefahr für das Gemeinwesen zu besorgen und die polizeiliche Beaufsichtigung mit ungewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist. — Die Erweiterung dieses §. 27. durch §. 11. des Gesetzes vom 24. Mai 1853. (Ges. S. S. 243.), welche den Ortsobrigkeiten und Gemeinden ein gewisses Widerspruchsrecht beilegt, kommt hier nicht in Betracht. §. 28. lautet:

> In den Fällen des §. 27. hat die Behörde zu erwägen, ob durch die neue Ansiedlung die benachbarten Gemeinden, Forst- und Gutsbesitzer benachtheiligt werden können. In diesem Falle sind dieselben vor Gestattung der Ansiedlung mit ihrer Erklärung zu hören.

Sodann heißt es in dem als verletzt bezeichnetem §. 29.:

> Ueber die Gestattung oder Versagung der neuen Ansiedlung hat auch in dem Fall, wenn von der Ortsobrigkeit, der Gemeinde oder den Nachbarn derselben widersprochen wird, der Landrath oder der Magistrat zu entscheiden. Gegen diese Entscheidung steht den Betheiligten innerhalb einer zehntägigen Frist der Recurs an die Regierung und zwar mit suspensiver Wirkung offen. Eine weitere Berufung findet dagegen nicht Statt.

Aus diesen Vorschriften und aus deren Sinn und Zusammenhang ergiebt sich deutlich, daß die von der Verwaltungsbehörde vorzunehmende Regulirung der Verhältnisse bei neuen Ansiedlungen öffentliche Interessen betrifft, wozu auch gewisse Nachtheile für die Gemeinden, und zwar sowohl derjenigen, in welchen die neuen Ansiedler aufgenommen werden sollen, — (§. 27.), — als auch benachbarter Gemeinden, Forst- und Gutsbesitzer (§. 29.) gerechnet werden. Privatrechte der Nachbarn, welche solche der beabsichtigten neuen Ansiedlung entgegensetzen könnten, sind schon nach der deut-

Digitized by Google

lichen Vorschrift des §. 27., welcher für §. 28. die Grundlage abgiebt, nicht Gegenstand der Regulirung und demnächstiger Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Von demjenigen Nachbar mithin, welcher bei einer solchen Regulirung zugezogen wird, und auf seinen Widerspruch, welcher ihm möglicherweise zustehen möchte, Verzicht leistet, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß er aus privatrechtlichen Gründen der Ansiedlung hätte widersprechen können, und daß er seines desfallsigen Privatrechts sich begeben habe. Dahin geht auch die Meinung des zweiten Richters, welcher sagt, daß es an allem Grunde zu der Annahme fehle, es habe dem Kläger ein auf Thatsachen sich gründendes Widerspruchsrecht, z. B. wegen Eingriffs in dessen Eigenthumsrecht zugestanden.

Ein Widerspruchsrecht des Nachbars aber, welches seine Wurzel nicht in einem Privatrechte hat, kann nicht als eine solche vermögensrechtliche Leistung betrachtet werden, welche der §. 165. Tit. 5. Thl. 1. A. L. R. zur Voraussetzung hat; und der zweite Richter hat nicht geirrt, wenn er für die Annahme einer privatrechtlichen Leistung des Klägers in den Gesetzen, betreffend die Zerstücklung und Ansiedlung, keinen Anhalt findet. Zu einer anderen Anschauung gelangt man auch nicht, wenn man den gleichfalls als verletzt berufenen §. 15. des Gesetzes vom 24. Mai 1853. in Betracht zieht; denn derselbe nichts verordnet weiter, als daß auch gegen die Entscheidungen der Regierungen bei dem Minister des Innern soll Beschwerde geführt werden können. Der principale Angriff des Imploranten ist hiernach verfehlt.

Die Regulirungsverhandluug vom 26. Februar 1866 ist von einem Actuarius aufgenommen; in Ansehnng des Schreibens unkundigen Verklagten aber sind dabei die Vorschriften des Anh. §. 68—70. der A. G. O. nicht beobach-

Digitized by Google

tet worden. Der zweite Richter hält dafür, daß die in dieser Form aufgenommene Verhandlung, wenn sie auch bezüglich ihrer Beweiskraft als eine öffentliche außergerichtliche Urkunde angesehen werden möchte, dennoch eine obligatorische Natur nicht annehme, weil Verträge mit Analphabeten nach §. 172. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. eine andere Form erfordern, überdies auch selbst bei gerichtlichen Verhandlungen mit Analphabeten nach §§. 68—70. des Anh. zur Allg. Gerichts-Ordnung Unterschriftszeugen zugezogen werden müssen.

Die Argumentation des Richters enthält zwei von einander verschiedene Sätze:

1. Die zur Gültigkeit eines Vertrages erforderliche Form ist nicht nach §. 129. Tit. 10. Thl. I. A. G.-G., welcher sich über die Beweiskraft einer öffentlichen außergerichtlichen Urkunde ausspricht, sondern nach dem Allgemeinen Landrechte zu beurtheilen;
2. Auch bei den im §. 129. a. a. O. gedachten außergerichtlichen Protocollen sind die Vorschriften §§. 68 bis 70. des Anh. zur A. G.-O. zu befolgen.

Implorant beschuldigt den Richter durch diese Annahme die §§. 172. 173. Tit. 5. Thl. I. A. L. R.; §. 129. Tit. 10. Thl. I. A. G.-O. und §§. 68—70. des Anh. zur Allg. Gerichtsordnung verletzt zu haben.

Die Richtigkeit des Satzes zu 1. kann jedoch keinem Bedenken unterliegen. Es mag auch darauf hingewiesen werden, daß derselbe bezüglich des §. 130. Tit. 10. Thl. I. der A. G.-O. bereits in einer veröffentlichten Entscheidung des Ober-Tribunals vom 31. Juli 1840 festgestellt worden ist. — (Entsch. Bd 6. S. 304. 305.) — Wirkliche und scheinbare Ausnahmen dienen nur zur Bestätigung der Regel.

cf.: Präjudiz 3. zu §. 9. des Edicts vom 27. Juni 1811. — (Samml. I. S. 319.) —

Digitized by Google

§. 55. am Schlusse des Gesetzes vom 20. Juni 181 wegen Organisation der General-Commissionen. §. 10 des Gesetzes vom 2. März 1850 wegen Ablösung d Reallasten.

Daß eine solche Ausnahme in den Gesetzen zu finden sei, welche die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedlungen betreffen, wird von dem Implorenten selbst nicht behauptet. Anlangend aber den Satz zu 2., so ist es zunächst ausgemachten Rechtens, daß die Vorschriften §. 68 fg. des Anh. zur A. G.-O. nicht bloß auf prozessualische Verhandlungen, sondern auch auf Acte freiwilliger Gerichtsbarkeit und speciell bei Verträgen, Anwendung finden.

§. 421. des Anh. zur Allg. Ger. Ord.

§. 5. des Anh. zum Allg. Landr.,

Plenarpräjudiz Nr. 1822 vom 15. Januar 1847. (S. I. S. 235.),

Entscheidung Bd. 14. S. 3. fg.

Der §. 129. Tit. 10. Thl. I. der Allg. Ger. Ord., welcher von der Beweiskraft solcher Protocolle handelt, die zwar nicht von Gerichtspersonen, aber von anderen in Eid und Pflicht stehenden Beamten in unmittelbaren Amtsangelegenheiten aufgenommen sind, enthält zwar nur die Vorschrift Nr. 3., daß das Protocoll von den Parteien eigenhändig unterzeichnet, oder mit den in ähnlichen Fällen statt der Unterschrift zugelassenen Zeichen bemerkt sein muß. Allein man hat den §. 68. fg. auch auf außergerichtliche Protocolle angewendet, weil eine bei dem Richter nothwendige Beglaubigungscontrolle jedenfalls auch bei nicht richterlichen Beamten nicht wohl auszuschließen sei. (Grävell, Commentar zur Allg. Gerichts-Ordnung Bd. 2. §. 105.)

Ohne Zweifel ist diese Controllmaßregel angeordnet,

Digitized by Google

weil es dem Analphabeten an der factischen Möglichkeit fehlt, sich von der Richtigkeit des Niedergeschriebenen durch eigene Wahrnehmung zu überzeugen.

Die Ergänzung dieses Mangels durch Zuziehung eines Schreibens kundigen Beistandes ist für außergerichtliche Protocolle, wenn den Analphabeten die niedergeschriebene Erklärung binden soll, mindestens eben so nöthig, als bei gerichtlichen Verhandlungen. Wie dem aber auch im Allgemeinen sein möge, so verordnet doch der §. 10. des Gesetzes betreffend die Zertheilung von Grundstücken vom 3. Januar 1845 bezüglich der Form der Regulirungs-Verhandlungen:

> Die von dem Landrathe, oder in seinem Auftrage von der Ortsobrigkeit, ingleichen die von dem Magistrate aufgenommenen Regulirungs-Protocolle haben die Beweiskraft öffentlicher Urkunden, sofern bei ihnen diejenige Form beobachtet worden, welche in dem §. 129. Tit. 10. Thl. I. der Allg. Ger.-Ord., in den §§. 68—74. des Anhangs zu derselben und in der Ordre vom 20. Juni 1816 vorgeschrieben ist.

Daß es hiernach der Zuziehung eines Schreibbeistandes zur Verbindlichkeit der Verhandlnng für den Analphabeten bedurfte, kann somit keinem Bedenken unterliegen. Eine Verletzung der bei dem eventuellen Angriffe berufenen gesetzlichen Vorschriften liegt daher keinenfalls vor, weshalb die ganze Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen ist.

Digitized by Google

№ 8.

Form eines dem Gericht versiegelt übergebenen Testaments.

1. Kann ein von dem Testator unterschriebenes, dem Gerichte verschlossen übergebenes Testament, als nichtig deshalb angefochten werden, weil der Testator nur seinen Namen hat schreiben, sonst aber weder schreiben, noch Geschriebenes habe lesen können?
2. Folgt die Nichtigkeit eines solchen Testaments daraus, daß dasselbe nicht in Gegenwart des Testators vom Richter überschrieben worden?

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §§. 100. 101. 103. 113. 114. Anh. §. 33. A. G.-O. Anh. §§. 68 und 72.

Die in Gütergemeinschaft und kinderloser Ehe lebenden Eheleute, Colon Heinrich R. und Elisabeth geborne H., errichteten am 11. April 1863 ein wechselseitiges Testament, in welchem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten. Das Testament war von einem Dritten geschrieben, von den Testatoren unterschrieben und von diesen verschlossen dem Gerichte übergeben. Die Ehefrau starb im Jahre 1864, mit Hinterlassung ihres als Erben eingesetzten Ehemannes und einer Schwester, Wittwe St. Diese focht das Testament ihrer Schwester, wegen Mangels der Form, als nichtig an und trug gegen den eingesetzten Erben klagend darauf an:

Digitized by Google

daß er sie als Miteigenthümerin zur Hälfte an dem H. Colonate anerkenne. Sie behauptete, ihre Schwester habe nicht mehr als ihren Namen und diesen auch nur nothdürftig schreiben, Geschriebenes aber nicht lesen können. Dieselbe sei daher nach Anh. §. 72. zur A. G.-O. den Analphabeten gleich zu achten und habe nach §. 113. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. nur mündlich zu gerichtlichem Protocolle testiren können.

Ohne Beweisaufnahme erkannte das Kreisgericht zu Warendorf am 26. April 1866 auf Abweisung der Klage, indem es die Thatsachen, aus welchen die Klägerin den Beweis dafür, daß die Testatrix einem Analphabeten gleich zu achten, für nicht concludent erachtete.

Die Klägerin appellirte und machte jetzt noch weiter geltend, daß die Testatrix weder das Testament, noch das Annahme-Protocoll mit ihrem wahren Namen unterschrieben habe, daß ferner der Richter das Testament nicht in Gegenwart der Testatoren überschrieben habe. Sie nahm hierfür auf die Testamentsacten Bezug. Ohne Einforderung dieser Acten erkannte das Appellationsgericht zu Münster unterm 6. December 1866 auf Bestätigung des ersten Urtels.

Durch Erkenntniß vom 7. October 1867 hat der erste Senat des Ober-Tribunals die hiergegen von der Klägerin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen. Es lauten, so weit sie die vorstehend vermerkten Rechtsfragen betreffen, die

Gründe.

Die Klägerin ist in beiden Instanzen mit ihrer Klage, durch welche sie das Testament der Eheleute R. vom 11. April 1863, das diese dem Gerichte übergeben haben, als ungültig angriff, abgewiesen worden. Der Appellations-Richter widerlegt den ersten und hauptsächlichsten Grund der

Digitized by Google

angeblichen Nichtigkeit des Testaments, daß die Ehefrau R. nur ihren Namen nothdürftig habe schreiben, sonst aber Geschriebenes nicht habe lesen können und daher zufolge des §. 113. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. und §. 72 des Anhangs zur A. G. O. gültigerweise nur mündlich zu Protocoll hätte testiren können, in einer zweifachen Weise. Zuerst bestreitet er die Richtigkeit dieser rechtlichen Folgerung. Denn nach den §§. 100. 101. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. bedürfe es zur Gültigkeit eines gerichtlich übergebenen Testaments nur der Unterschrift des Testators; ob derselbe sonst noch schreiben oder Geschriebeaes lesen könne, darauf komme es, wenn sonst die gesetzlichen Förmlichkeiten beobachtet worden, nicht an. Der Anhangs §. 72. zur A. G. O., wonach Personen, die bloß ihren Namen schreiben, sonst aber weder schreiben noch lesen können, den im §. 68. des Anhangs gedachten Personen, die nicht schreiben und Geschriebenes lesen können, gleich geachtet werden sollen, finde nur auf Proceßverhandlungen, nicht aber auf letztwillige Verordnungen Anwendung. Hiernach erachtet also der vorige Richter den §. 113. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R., nach welchem des Lesens und Schreibens unerfahrene Personen nur mündlich zum Protocoll testiren können, auch unter der behaupteten thatsächlichen Voraussetzung nicht für anwendbar. Erwägt man, daß die §§. 100. und 101. l. c. zur Gültigkeit eines versiegelt dem Gerichte übergebenen letzten Willens nur erfordern, daß ein dergleichen Aufsatz von dem Disponirenden selbst eigenhändig ge- oder wenigstens unterschrieben sein muß, über welches nothwendige Erforderniß der Richter den Testator nach den §§. 102. 103. auch nur zu vernehmen hat, daß dagegen der §. 113. l. c. im Gegensatz hiervon Personen voraussetzt, welche des Lesens und Schreibens unerfahren, blind, an den Händen gelähmt

Digitized by Google

oder deren beraubt sind, mithin solche Personen, welche eben deshalb nicht im Stande sind, durch ihre Unterschrift des letzten Willens nach §§. 100. 101. gültiger Weise zu disponiren, und daß, wie dies bereits dem Grundsatze nach, wenn auch in Beziehung auf die im §. 115. l. c. vorgeschriebene Zuziehung von Zeugen für das Handzeichen, in dem vom vorigen Richter allegirten Urtel des Ober-Tribunals vom 4. October 1854 ausgesprochen ist, der Anhangs §. 72 zur Proceß-Ordnung nur auf proceßualische Verhandlungen zu beziehen ist, in Bezug auf letztwillige Verordnungen dagegen bloß die speciellen, für sie gegebenen Vorschriften maaßgebend sein können, so erscheint die rechtliche Ansicht des vorigen Richters auch wohl begründet.

Die Rüge der Implorantin, daß der vorige Richter die §§. 100. 101. 113. 114. 139. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R., die §§. 68. 72. des Anhangs zur A. G. O. und den dahin formulirten Rechtsgrundsatz:

> Eine Person, welche bloß ihren Namen schreiben, sonst aber weder schreiben, noch lesen kann, ist im Sinne der §§. 113. 114. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. des Lesens und Schreibens unerfahren und kann nur in der in diesen Gesetzen vorgeschriebenen Form testiren,

verletzt habe, welche sich lediglich darauf stützt, daß eine solche Person kein Mittel habe, sich Gewißheit darüber zu verschaffen, daß das von ihr unterschriebene Testament wirklich Dasjenige enthalte, was sie disponirt habe, kann jenen gesetzlichen Vorschriften und Erwägungen gegenüber, um dieser auch thatsächlich nicht einmal gegründeten Besorgniß willen, für nicht gerechtfertigt erachtet werden.

Könnte dies aber auch noch irgend einem Bedenken unterliegen, so hat der vorige Richter überdem angenom-

Digitized by Google

men, daß der thatsächlichen Voraussetzung der Klägerin der Vermerk der Testatoren im Testamente:

> Wir haben dasselbe selbst durchgelesen und unterschrieben zum Zeichen unserer Genehmigung, wie folgt: (folgen die Unterschriften.)

direct entgegenstehe, daß diese von der Testatrix selbst abgegebene Erklärung so lange für richtig gehalten werden müsse, bis das Gegentheil, daß die Testatrix zur Zeit der Errichtung des Testaments Lesens und Schreibens unfähig gewesen sei, völlig erwiesen wäre, daß dieses aber nicht geschehen sei. Diese thatsächliche Annahme des vorigen Richters will die Nichtigkeitsbeschwerde nun zwar unter dem Gesichtspunkte, daß hier kein vollständiger Beweis erforderlich, sondern auch ein nothwendiger Eid zur Ergänzung desselben statthaft gewesen wäre, durch den Angriff wegen Anwendung eines falschen Präjudizes und Verstoßes gegen §. 5. Nr. 2. der Verordnung vom 14. December 1833, event. gegen §. 28. Tit. 13. Proceß-Ordnung anfechten; allein ohne rechtlichen Grund, da es sich hier nicht um die Anwendung eines Präjudizes, sondern um die Frage handelt: ob der Beweis der behaupteten Thatsache geführt sei oder nicht.

Diese Angriffe zu 1. der Nichtigkeitsbeschwerde sind daher jedenfalls für nicht durchgreifend zu halten.

2. Der Appellations-Richter hat ferner den Umstand, daß angeblich das Testament nicht vom Richter in Gegenwart der Testatrix überschrieben worden, selbst seine Richtigkeit vorausgesetzt, für keinen wesentlichen, die Nichtigkeit des Testaments nach sich ziehenden Mangel, zufolge §. 103. Thl. I. Tit. 12. und Anhang §. 33. des A. L. R., erachtet.

Die Implorantin beschuldigt ihn deshalb einer Ver-

Digitized by Google

letzung dieser Gesetze und des §. 139. l. c., weil der Anhang §. 33. von der im §. 103 vorgeschriebenen Ueberschreibung des Testaments vom Richter in Gegenwart des Testators, keine Ausnahme mache und es daher bei der Regel des §. 139. l. c. bewenden müsse.

Dieser Angriff ist jedoch unbegründet. Denn nach den §§. 3. und 5. Thl. II. Tit. 4. der A. G. O. besteht die Ueberschreibung und Registratur im Sinne des §. 103. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. in dem Vermerk: daß in dem übergebenen Testamente die letztwillige Disposition des N. N. enthalten sei, welche derselbe unter dem Dato der Registratur dem Gerichte resp. der Gerichts-Deputation übergeben habe. Wenn daher nach dem Anh. §. 33. der letzte Wille auch deshalb nicht für ungültig erachtet werden soll, weil die Zeit, wo er dem Richter übergeben wurde, darauf nicht vermerkt worden ist, so ist damit gerade die im §. 103. l. c. gedachte Ueberschreibung des Testaments in Gegenwart des Testators bezeichnet und der Mangel dieser Ueberschreibung überhaupt für keinen Nichtigkeitsgrund erklärt. Es ergiebt sich dies um so deutlicher aus der Quelle dieses Anhangs, dem Gutachten der Gesetzcommission vom 13. Februar 1798 (Rabe, Bd. 5. S. 52), in welchem ausdrücklich gesagt worden ist, und zwar in Beziehung auf den §. 103. l. c., daß es der Gültigkeit des Testaments nicht schade, wenn sich aus dem über die Annahme des Testaments aufgenommenen Protocolle nicht abnehmen läßt, ob die auf dem Testamente befindliche Ueberschreibung in Gegenwart des Testators von dem Richter auf das Testament geschrieben worden. Die weiteren Angriffe in Betreff der Ausführung des Appellations-Richters, wie es nichts releviren könne, ob die Unterschrift der Testatrix unter dem

Digitized by Google

Testamente weniger deutlich sei, als die in dem Annahme-Protocolle, werden dann, als nicht zutreffend — was hier nicht weiter interessirt — dargestellt.

№ 9.

Vorbehaltene Codicille.

Darf die in einem formellen Testamente den Erben bestimmte Erbquote in einem vorbehaltenen Codicille abgeändert werden?

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §. 5.. Anhang zum A. L. R. §. 35.

Präjudiz vom 17. October 1842. (Entscheid. Bd. 8. S. 272.)

Der kinderlos verstorbene Erblasser der Parteien hatte in seinem gerichtlich errichteten Testamente vom 30. August 1845 seine väterlichen und mütterlichen Blutsverwandten, die er jedoch nicht namentlich, sondern nur nach Stämmen bezeichnete, je zur Hälfte zu Erben seines Nachlasses eingesetzt, sich auch in dem Testamente das Recht vorbehalten, Nachzettel zu errichten, welche mit dem Testamente gleiche Kraft haben sollten, wenn sie von ihm wenigstens eigenhän

Digitized by Google

dig unterschrieben sein würden. Von diesem Rechte hat der Testator Gebrauch gemacht und in einer vom 6. Februar 1851 datirten außergerichtlichen Verordnung festgesetzt:

daß die für die Verwandten Vaterseits im Testamente angesetzte Vermögensantheils-Quote auf ein Drittel reducirt, dagegen der Antheil der Verwandten Mutterseits auf zwei Drittel erhöht sein sollte.

Bei der Verhandlung über die Erbtheilung vor dem Nachlaßrichter entstand unter den Erben darüber Streit, ob bei Ermittelung der Erbquoten die Bestimmung des Testamentes vom 30. August 1845, oder die des Codicills vom 6. Februar 1851 maaßgebend sei. Die letztere Ansicht wurde von einem der Erben Mutterseits vertreten, während sämmtliche übrige Erben die erste Alternative behaupteten. Die Streitfrage wurde zum Proceßwege verwiesen und hierbei von dem dissentirenden Erben Mutterseits gegen die übrigen Erben der Antrag gestellt:

die Verklagten für schuldig zu erachten, die Verfügung des Erblassers vom 6. Februar 1851, durch welche er den im Testamente vom 30. August 1845 angeordneten Theilungsmodus in der Art abgeändert hat, daß seine Verwandten väterlicher Seits nur ein Drittel, die Verwandten mütterlicher Seits dagegen zwei Drittel seines Nachlasses erhalten sollten, als rechtsverbindlich anzuerkennen.

Die beiden Instanzrichter, das Kreisgericht zu Striegau und das Appellationsgericht zu Breslau, haben in ihren Erkenntnissen vom 19. December 1865, resp. 14. Juli 1866 die Verklagten, diesem Antrage gemäß, verurtheilt, indem sie die Einrede der Verklagten, daß die Veränderung der Erbquote in dem Codicille vom 6. Februar 1851 eine unzulässige

Digitized by Google

Veränderung der testamentarischen Erbeseinsetzung selbst enthalte, verwerfen.

Auf die von den Verklagten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde, welche Verletzung des §. 5. Tit. 12. Thl. I. A. L. R., des §. 35. Anhangs zum A. L. R. und des Präjudizes vom 17. October 1842 (Entsch. Bd. 8. S. 272.) rügte, hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 20. Januar 1868, unter Vernichtung des zweiten und Abänderung des ersten Urtels, den Kläger mit seinem oben angeführten Antrage abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der §. 35. des Anhangs zum Allgemeinen Landrechte bestimmt:

> Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen, oder abzuändern, und es finden sich dergleichen im Nachlasse, so haben sie mit dem Testamente gleiche Kraft.
>
> Ob dergleichen Codicille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators noch mit anderen Erfordernissen versehen sein müssen, hängt von der Bestimmung ab, welche das Testament des Erblassers dieserhalb enthält.

Und der §. 5. Tit. 12. Thl. I. der A. L. R. giebt die Definition des Codicilles dahin, daß dieselben einseitige Willenserklärungen sind, durch welche Jemand über einzelne und bestimmte Stücke, Summen, Rechte oder Pflichten auf den Todesfall verordnet. Dagegen dürfen nach den Bestimmungen der vorhergehenden Paragraphen Erbeseinsetzungen nur in einem förmlichen Testamente vorgenommen werden.

In der letztwilligen Verfügung vom 6. Februar 1851 liegt hier nun ein solches, in dem rechtsbeständigen Testa-

Digitized by Google

mente des Erblassers der Parteien vom 30. August 1845 vorbehaltenes Codicill vor, dessen Authenticität auch von keiner Seite bestritten ist. In diesem vorbehaltenen Codicille hat der Erblasser eine Abänderung seiner früheren testamentarischen Bestimmung dahin getroffen, daß seine Verwandten mütterlicher Seits zwei Drittel, dagegen seine Verwandten väterlicher Seits nur ein Drittel seines reinen Nachlasses erhalten sollen, während nach dem Testamente die beiderseitigen Verwandten Erben zu gleichen Theilen, nämlich je zur Hälfte sein sollten. Der Appellationsrichter-Richter hält diese in dem Codicille vorgenommene Abänderung für eine gesetzlich zulässige und den oben allegirten gesetzlichen Bestimmungen nicht zuwiderlaufende. Er verkennt zwar keineswegs den in dem Präjudize des Ober-Tribunals vom 17. October 1842 festgehaltenen Grundsatz: „daß auch in vorbehaltenen Codicillen die in dem Testamente geschehene Erbeseinsetzung nicht geändert werden darf," er verneint aber, daß in der oben allegirten codicillarischen Bestimmung eine Aenderung der testamentarischen Erbeseinsetzung gefunden werden dürfe. Diese Ansicht ist aber unrichtig.

Das Ober-Tribunal hat wiederholt in seinen Entscheidungen den Grundsatz angenommen, daß die Abänderung der im Testamente angeordneten Erbquoten eine Abänderung der Erbeseinsetzung selbst involvire. So in den Erkenntnissen vom 22. Mai 1857 in Sachen Berger wider Schmits, und vom 16. Januar 1865 in Sachen Quittenbaum wider Hinrichs. In der ersteren Sache war die im Testamente angeordnete Berufung der Erben, nach Stämmen, in dem vorbehaltenen Codicille dahin abgeändert, daß der Nachlaß nach Köpfen getheilt werden sollte, so daß die nach dem Testamente je ein Fünfzehntel betragende Antheilsquote der klagenden Erben, welche die Rechtsgültigkeit des

Digitized by Google

Codicills anfochten, durch letzteres auf ein Achtundzwanzigstel herabgesetzt wurde. Im zweiten Falle aber war die nach dem Testamente auf ein Drittel bestimmte Erbquote des Klägers durch ein vorbehaltenes Codicill auf die Hälfte, nämlich auf ein Sechstel, reducirt worden. In beiden Fällen ist es als unzweifelhaft anerkannt, daß die in dem Codicille angeordnete Abänderung der testamentarisch festgestellten Erbquote eine wesentliche Abänderung der ursprünglichen testamentarischen Erbeseinsetzung enthalte. Eine von diesem Grundsatze anscheinend abweichende Ansicht könnte in einem früheren Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 27. März 1857, sowie dasselbe in Striethorst's Archiv Bd. 25. S. 16. mitgetheilt ist, gefunden werden, wenn dort gesagt wird, daß in einem Codicille Jemand nicht allein über einzelne bestimmte Stücke, Summen, Rechte und Pflichten, sondern auch über Antheile — Quoten — auf den Todesfall verfügen dürfe. Indessen ist dieser Widerspruch mit den vorher allegirten Entscheidungen eben nur ein scheinbarer. Denn die factischen Umstände in dem letzteren Falle waren andere, als die in den oben aufgeführten Fällen. In jenem handelte es sich nämlich gar nicht um eine Quote des ganzen Nachlasses, sondern nur um die des baaren Vermögens der Erblasserin, die außer diesem noch andere Vermögensstücke hinterlassen hatte. Der aus der Entscheidung dieses Falles (im Archive) herausgezogene Grundsatz ist daher nicht in der aufgestellten Allgemeinheit aufzufassen, bleibt vielmehr auf die concreten Umstände beschränkt.

Der jetzt vorliegende Fall ist nun auch in der That in keiner Weise dazu angethan, von dem vorher aufgestellten und seither festgehaltenen Grundsatze — daß die Aenderung der im Testamente angeordneten Erbesquote eine Aenderung der Erbeseinsetzung selbst involvire — abzugehen. Denn

Digitized by Google

einmal muß aus der Bestimmung des §. 4. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. gefolgert werden, daß eine Erbeseinsetzung nicht auf die Benennung der Erben allein beschränkt ist, sondern auch die bestimmte Erbquote in sich begreift; dann aber ist auch im vorliegenden Falle durch das Codicill vom 6. Februar 1851 eine wirklich andere Erbeseinsetzung vorgenommen worden, als im Testamente vom 30. August 1845 angeordnet war. Nach dem Testamente sollten die Verwandten des Erblassers mütterlicher und väterlicher Seits je die Hälfte des Nachlasses erhalten, nach dem Codicille dagegen werden die mütterlichen Verwandten zu zwei Drittel, also zu einem Sechstel mehr berufen. In Beziehung auf dieses eine Sechstel ist also unzweifelhaft eine andere Erbeseinsetzung, als in dem Testamente erfolgt, da die mütterlichen Verwandten auf dieses eine Sechstel in letzterem gar nicht eingesetzt waren.

Ist hiernach in dem Codicille vom 6. Februar 1861 eine Aenderung der testamentarischen Erbeseinsetzung wirklich vorgenommen, eine solche Aenderung aber in einem vorbehaltenen Codicille gesetzlich nicht zulässig, so hat der Appellationsrichter, indem er das Gegentheil annimmt und das Codicill vom 6. Februar 1851 für zu Recht bestehend erklärt, die oben allegirten, die Grenzen der codicillarischen Anordnungen bestimmenden Gesetzesstellen, §. 35 des Anhangs und §. 5. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. durch unrichtige Anwendung verletzt und seine Entscheidung unterliegt der Vernichtung.

Bei der demnächst eintretenden freien Beurtheilung des Sach- und Rechtsverhältnisses ergiebt sich nach obigen Ausführungen die Entscheidung der Sache von selbst. Muß, wie geschehen, die Zulässigkeit der Veränderung der Erbquote in dem Codicille vom 6. Februar 1851 verneint werden, so folgt daraus die

Digitized by Google

Ungültigkeit dieses Codicills und der Antrag des Klägers, welcher die Verurtheilung der Verklagten, dieses Codicill als rechtsverbindlich anzuerkennen, fordert, mußte abgewiesen werden.

№ 10.

Gewährleistung, resp. Interceſſion einer Frau.

Enthält die von einer Frauensperſon übernommene Gewähr für die Sicherheit einer von ihr cedirten Hypothekenforderung eine Bürgſchaft oder Interceſſion?

A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §§. 200. 221.. Tit. 11. §. 427.

Die verehelichte O. cedirte am 24. Mai 1865 mit Genehmigung ihres Ehemannes, notariell, eine für ſie auf dem Grundſtücke des letzteren eingetragene Hypothekenforderung von 5000 Thlr. an den Oberamtmann H., wobei ſie für die Sicherheit derſelben Gewähr leiſtete. Nachdem die Hypothek bei der nothwendigen Subhaſtation des verpfändeten Grundſtücks ausgefallen war, erhob H. aus der Gewährleiſtung Klage gegen die verehelichte O. Er wurde indeß durch die gleichlautenden Erkenntniſſe des Stadtgerichts zu Berlin, vom 11. Juli 1866, und des Kammergerichts, vom 8. Mai 1867, mit ſeinen Klageanträgen abgewieſen, weil die für Bürgſchaften der Frauensperſonen vorgeſchriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet ſeien.

Digitized by Google

In Folge der von dem Kläger eingelegten Nichtigkeits-Beschwerde hat der vierte Senat des Ober-Tribunals am 5. December 1867 das zweite Erkenntniß vernichtet und auf die Appellation des Klägers, unter Aufhebung des ersten Urtels, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz verwiesen. Die

Gründe,

soweit sie sich auf die obige Frage beziehen, sind folgende:

Das Kammergericht hat, abweichend von seiner früheren, durch das Erkenntniß vom 7. Juni 1861 in Sachen des Tuchmachermeisters L. wider die verehelichte Gastwirth H. zu Wittstock, ausgesprochenen Ansicht angenommen, daß die Gewähr für die Sicherheit der cedirten Hypothekenforderung die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit enthalte, weshalb sie Seitens der jetzigen Verklagten mit rechtlicher Wirkung nicht notariell, sondern nur mit Beobachtung der im §. 228 Thl. I. Tit. 14 vorgeschriebenen Förmlichkeiten hätte erfolgen können.

Wäre dieses richtig, so hätte, da die Bürgschaft sich lediglich auf den Ehemann der Verklagten, welcher als Eigenthümer der verpfändeten Grundstücke das Darlehn von 5000 Thlr. aufgenommen und dafür Hypothek bestellt hatte, beziehen könnte, außer der gerichtlichen Form und der Certioration gemäß der §§. 341 bis 344. Thl. II. Tit. 1. l. c. noch die Zuziehung eines Beistandes für die Verklagte stattfinden müssen.

Eine Interceſſion, durch welche die gedachten Förmlichkeiten bedingt wären, liegt indeß nicht vor. Denn, wie bereits in dem vom Kläger allegirten Erkenntnisse des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 17. November 1853, welches ebenfalls sich auf die Ceſſion einer Hypothekenforderung bezieht, die einer Ehefrau gegen ihren Ehemann zu-

Digitized by Google

stand, und in dem Erkenntnisse desselben Senats vom 1. Mai 1842 in der oben erwähnten Prozeßsache H. wider L. entwickelt ist, fällt die Gewährleistung für die Sicherheit einer cedirten Hypothekenforderung unter einen anderen Gesichtspunkt.

Nach den Gründen des Plenarbeschlusses vom 28. Februar 1845 (Entscheid. Bd. 11. S. 35.) beschränken sich die aus dem römischen Recht hervorgegangenen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts über die Förmlichkeiten bei Bürgschaften der Frauenspersonen, eben wie die gemeinrechtlichen, nicht auf den Fall einer formulirten Bürgschaft, sondern finden Anwendung, wenn überhaupt nur das Materiale einer Intercession vorhanden ist, i. e. nach §. 229. Thl. I. Tit. 14. des A. L. R. bei allen Geschäften, wo die Frauensperson auf den Fall, wenn ein Anderer seine Verbindlichkeit nicht erfüllte, zu Gunsten des Berechtigten gewisse Nachtheile übernimmt, oder gewissen Vortheilen entsagt, während der vorangegangene Paragraph davon spricht, daß eine Frauensperson die Verbindlichkeit eines Anderen für den Fall, wenn er sie selbst nicht erfüllte, übernehmen soll. Zum Wesen einer solchen Intercession gehört aber, daß die Frauensperson, ohne dafür bereits aus einem sie unmittelbar treffenden Rechtsgrunde verhaftet zu sein, die Vertretung für eine fremde Schuld übernimmt, wogegen ein Rechtsgeschäft, welches schon gesetzlich oder nach der Vereinbarung der Contrahenten die Vertretung für eine Schuldverbindlichkeit in sich schließt, nicht als Intercession zu betrachten ist.

Die Induction des Appellationsrichters, die Gewähr für die Sicherheit könne nicht als Essentiale des Cessionsvertrages bei Hypotheken angesehen werden, und deshalb komme der §. 228. Thl. I. Tit. 14. l. c. zur Anwendung, trifft nicht zu.

In der Note 59 ad §. 427. Tit. 11. l. c. des Com-

Digitized by Google

mentars von Koch, auf welche Verklagte sich stützt, wird gesagt:

Die Haftung für die Sicherheit ist ein Analogon der Gewährleistung für natürliche Fehler bei körperlichen Sachen. Ihrer rechtlichen Natur nach ist sie eine subsidiarische Interception und muß nach den Grundsätzen derselben behandelt werden. — Vergl. auch Simon, Rechtsprüche, Bd. IV., S. 63.

Allein in dem dort abgedruckten, sich nicht auf die Cession von Hypothekenforderungen durch eine Frauensperson erstreckenden Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 14. Mai 1833 ist die in dem Erkenntnisse des Ober-Landesgerichts zu Breslau vom 19. Juli 1831 adoptirte Ansicht: die Stipulation, nicht bloß für die Sicherheit, sondern für jeden Ausfall zu haften, gehe über die Grenzen eines Cedenten, welcher lediglich für die Sicherheit zu haften verspreche, hinaus, und in ein wirkliches Bürgschaftsverhältniß über, nicht wiederholt, sondern ausgeführt, daß auch eine derartige Verabredung als unbeschränktes Versprechen der Gewährleistung für die Sicherheit zu beurtheilen sei. In dem allegirten Ober-Tribunals-Erkenntnisse findet sich mithin kein für die Verklagte heranzuziehendes Moment vor.

Daß die Leistung der Gewähr zur Erfüllung des Vertrages gehört, besagt der §. 317. Tit. 5. l. c. ausdrücklich, und dieses gilt namentlich auch rücksichtlich der bei der Sache gewöhnlich vorausgesetzten und der im Contracte ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften. Wenn es nun auch richtig ist, daß nach §. 427. Tit. 11. l. c. der Cedent einer Hypothekenforderung für die Sicherheit derselben nur haftet, falls er solches ausdrücklich übernommen hat, so folgt daraus doch keinesweges, daß die Uebernahme dieser Garantie eine Interception für den Hypothekenschuldner, oder den etwa per-

Digitized by Google

sönlich Verhafteten darstellt; es liegt darin vielmehr nichts weiter, als eine unter contractsmäßiger Regulirung des Rechtsgeschäfts Seitens des Cedenten getroffene Disposition über das ihm zustehende Recht. Mag deshalb der Cedent einer Hypothekenforderung ein Mann oder eine Frauensperson sein, so ist die gesetzlich vollkommen zulässige Uebernahme der Haftung für die Sicherheit lediglich eine Modalität des Cessionsvertrages, eine vom Cedenten direct dem Cessionar gegenüber bei Uebertragung des Eigenthums der Forderung eingegangene Verpflichtung, und sowie einerseits der Cedent die Cessions-Valuta als Aequivalent für sich erhebt, so kann er andrerseits sich nicht weigern, den mit dem Cessionar abgeschlossenen Vertrag in allen seinen Theilen zu erfüllen, woraus dann ferner sich ergiebt, daß die, eine ihr zustehende Hypothekenforderung mit Gewährleistung für deren Sicherheit cedirende Frauensperson gegen den Cessionar aus der Nichtbeobachtung der für Intercession angeordneten Förmlichkeiten keinen Einwand herleiten kann.

Die entgegengesetzte Annahme des Appellations-Erkenntnisses beruht auf einem Verkennen der Natur und des wesentlichen Charakters des zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsgeschäfts, Verstoß gegen Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839, und verletzt den §. 427. Tit. 11. und §§. 221. ff. Tit. 14. Thl. I. des A. L. R.

Digitized by Google

№ 11.

Anfechtungs-Rechte nicht eingetragener Agnaten und Mitbelehnten bei Veräußerung des Lehens an andere Agnaten und Mitbelehnte.

Findet die Vorschrift des §. 291. Tit. 18. Thl. I. A. L. R., wonach zum Nachtheile des „Dritten", an welchen ein im Hypothekenbuche eingetragenes Lehn vom Besitzer veräußert worden, nicht eingetragene Agnaten und Mitbelehnte von dem Rechte, die diesfällige Verfügung über das Lehn anzufechten, keinen Gebrauch machen können, auch auf den Fall Anwendung, wenn die Veräußerung des Lehns an einen Agnaten und Mitbelehnten, der sein Recht auf das Lehn ebenfalls nicht hat eintragen lassen, erfolgt ist?

A. L. R. Th. I. Tit. 18. §§. 17. 18. 187. 194. 260. ff. 290. 291. 293. 294. 296. 300. 301. 303. 311.—326. 327.—330. 421. 577. 665. 666. 668.

Edict vom 4. August 1763 (N. C. C. II. S. 256. Rabe, Samml. I. 2. S. 547). Simon und v. Strampff, Zeitschrift Bd. 2. S. 109. ff.

Das als Pertinenz zu den Lehngütern P. IV. und V. Antheils, im Westhavelländischen Kreise, gehörig gewesene Rittergut L. IV. Antheils ist von dem Besitzer, Lieutenant

Digitized by Google

Fr. W. v. K. mittelst Vertrages vom 4. April 1827 an den Erblasser der Verklagten, Heinrich Fr. L. v. K. auf F., als freies Allod verkauft, in Folge dessen von dem Hypothekenfolium der Lehngüter P. abgeschrieben, und als Allodiatgut auf ein besonderes Hypothekenfolium übertragen worden. Die Kläger, Eduard v. K. und Genossen, welche Agnaten des Verkäufers zu sein behaupten, sind später gegen die Erbinnen des Erwerbers von L. und dessen Testamentsexecutor mit dem Antrage klagbar geworden: dieselben zu verurtheilen, anzuerkennen, daß L. rücksichtlich der Kläger Lehn sei, auch darin zu willigen, daß der Vermerk der Allodial-Qualität im Hypothekenbuche von L. gelöscht und daß Kläger bei L. als Lehnsagnaten eingetragen werden.

Die Verklagten haben diesem Antrage aus mehrfachen Gründen widersprochen, den Klägern vorweg aber den Einwand entgegengesetzt, daß sie kein Widerspruchsrecht gegen die Veräußerung von L. hätten, vielmehr die dadurch eingetretene Allodial-Qualität dieses Guts wider sich gelten lassen müßten, weil weder sie noch ihr Vater zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vom 4. April 1827 und der Abschreibung des Gutes L. vom Folium der Lehngüter P. im Hypothekenbuche als Agnaten eingetragen gewesen seien.

Ohne Beweisaufnahme über die unter den Parteien streitig gebliebenen Thatsachen hat das Kreisgericht zu Brandenburg in seinem Erkenntnisse vom 4. September 1865 die Kläger lediglich deshalb abgewiesen, weil sie durch nicht rechtzeitig erfolgte Eintragung ihrer vermeintlichen Agnatenrechte nach §§. 290. 291. Tit. 18. Thl. I. A. L. R. der Befugniß, die Veräußerung von L. anzufechten, verlustig gegangen seien und zwar selbst dann, wenn der Veräußerer in mala fide sich befunden hätte, und wenn der Käufer selbst Lehnsagnat gewesen sein sollte.

Digitized by Google

Auf die Appellation der Kläger hat das Kammergericht Beweis über die Agnaten-Qualität des Erblassers der Verklagten — des Erwerbers von L. — erhoben, und demnächst am 11. März 1867 abändernd erkannt:

daß der gegen den Anspruch der Kläger daraus hergeleitete Einwand,

daß zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages über das Gut L. IV. Antheils vom 4. April 1827 und der Abschreibung dieses Guts von P. IV. und V. Antheils, zufolge Verfügung vom 18. Juni 1827, weder die Mitkläger Eduard und Julius v. K., noch deren Vater Fr. L. v. K. als Agnaten resp. Gesammthänder im Hypothekenbuche von P. IV. und V. Antheils eingetragen gewesen sind,

als hinfällig zu verwerfen, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache und über den Kostenpunkt erster Instanz, in die erste Instanz zurückzuweisen.

Diese Entscheidung beruht auf der Annahme, daß die §§. 290. ff. Tit. 18. Thl. I. A. L. R. allerdings auch auf den Fall der Veräußerung eines Lehns Anwendung fänden, jedoch nur, wenn dieselbe an einen Dritten, d. h. eine fremde, nicht zur lehnberechtigten Familie gehörige Person erfolgte, und daher im vorliegenden Falle, ungeachtet im Jahre 1827 weder die Kläger, noch deren Vater im Hypothekenbuche von P. IV. und V. als Agnaten eingetragen gewesen, deshalb nicht maßgebend seien, weil durch die Beweisaufnahme die Agnaten-Qualität des Käufers von L., des Erblassers der Verklagten, festgestellt sei.

Die Verklagten haben gegen diese Entscheidung die Revision eingelegt. Der erste Senat des Ober-Tribunals hat jedoch das Appellations-Urtel am 10. Januar 1868 bestätigt, aus folgenden

Digitized by Google

Gründen:

Es kommt jetzt in dritter Instanz nur auf die Entscheidung der Frage an:

ob Agnaten eine von dem Besitzer eines Lehnguts zu einer Zeit, wo in dessen Hypothekenbuch ihr Recht an demselben nicht eingetragen gewesen ist, an einen anderen Agnaten geschehene Veräußerung dieses Lehnguts, den Erben des Erwerbers desselben gegenüber, überhaupt noch anzufechten befugt seien oder nicht?

Von den Vorderrichtern hat der erste diese Frage verneint, der zweite dagegen bejaht. Der Ansicht des Letzteren aber muß, unter Verwerfung der Revisions-Beschwerden der Verklagten, beigetreten werden.

Vorweg ist zu bemerken, daß die Kläger keine Descendenten des Veräußerers des Lehnguts L. IV. Antheils sind, eben so wenig Erben desselben, und daß deshalb provinzialrechtliche Bestimmungen des Märkischen Lehnrechts — Scholz Entwurf §. 58. S. 15. — im vorliegenden Falle nicht maßgebend sind. Denn das Edict vom 4. August 1763 — Nov. corp. const. II. S. 256, Rabe Sammlung I. 2. Abth. S. 547. — ist, wie nicht nur von Scholz Motive I. S. 120., sondern auch in den Gründen des Plenar-Beschlusses vom 30. Januar 1843 — Entscheidungen Bd. 8. S. 26.ff. insbes. S. 36. — angenommen worden, kein speciell Märkisches Provinzial-, sondern ein für die ganze Monarchie gegebenes allgemeines Landes-Gesetz gewesen, an dessen Stelle nach §. II. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 das Allgem. Landrecht getreten ist. Das Allgem. Landrecht aber, welches Thl. I. Tit. 18. §§. 261.—357. unter dem Marginale: X. die Verhältnisse der Agnaten gegen den Lehnsherrn und Vasallen behandelt, stellt an die Spitze dieses Abschnitts im §. 261. den Satz:

Digitized by Google

Auch durch die Rechte der Agnaten und Mitbelehnten wird die Macht des Vasallen, über das Lehn zu verfügen, eingeschränkt; —

und handelt dann in den §§. 266.— 287. (Marg. 1. von den Descendenten des Vasallen) davon, in wie weit Abkömmlinge eines Vasallen, dessen „Verfügungen in Ansehung des Lehns" vertreten müssen, und in den §§. 288.—357. (Marg. 2. von anderen Agnaten und Mitbelehnten) von deren Rechten überhaupt (Marg. a.) §. 288.— 301., insonderheit bei Veräußerungen (Marg. b.) §§. 302.—310. und endlich bei Verschuldungen (Marg. c.) §§. 311. ff. —

Schon hiernach kann es zunächst, wie auch von beiden Vorderrichtern angenommen worden ist, keinem Zweifel unterliegen, daß unter den vom Lehnsbesitzer (Vasallen) — „über das Lehn getroffenen Verfügungen", von welchen der erste Paragraph dieses Abschnitts, §. 288. verordnet, daß dabei nicht zugezogene Agnaten und Mitbelehnten, welche dessen Erben nicht geworden sind, selbige nicht anzuerkennen verbunden sein sollen, so wie unter den in diesem Abschnitte (a. von den Rechten der Agnaten ꝛc. überhaupt) gedachten „nachtheiligen Verfügungen resp. Dispositionen des Lehnbesitzers" auch Veräußerungen des Lehns zu verstehen sind. Jedes Bedenken, daß die in diesem ersten, die allgemeinen Grundsätze des Verhältnisses der anderen, d. h. der nicht zu den Descendenten gehörigen Agnaten und Mitbelehnten, gegen den Lehnsbesitzer, und der Befugniß (Macht) des Letzteren, Verfügungen über das Lehn zu treffen, festsetzenden Abschnitte, enthaltenen Vorschriften überhaupt und namentlich auch die von der Pflicht der Agnaten, ihr Recht an dem Lehne ins Hypothekenbuch eintragen zu lassen, handelnden §§. 290. 291. auch auf Veräußerungen des Lehns sich beziehen, erledigt sich durch die nachstehenden Erwägungen.

Digitized by Google

An den §. 301., welcher bestimmt: daß wider einen eingetragenen Agnaten und Mitbelehnten die Verjährung der Befugniß zur Anfechtung der ohne seine Einwilligung „über das Lehn getroffenen nachtheiligen Disposition" erst mit dem Tage, da das Lehn sich an ihn erledigt habe, ihren Anfang nehmen solle,

schließt sich unmittelbar der den Anfang des zweiten Abschnitts (Marg. b. insonderheit bei Veräußerungen) bildende §. 302. mit den Worten an:

Hat also der Lehnsbesitzer das Lehn ganz oder zum Theil veräußert, so kann ein dabei nicht zugezogener Agnat oder Mitbelehnter dasselbe binnen dreißig Jahren nach dem auf ihn erfolgten Successionsanfalle zurückfordern;

und in dem späteren, von der Aufhebung des Lehns durch Verjährung handelnden Abschnitte, ist rücksichtlich der Frage: ob dieselbe gegen einen nicht eingetragenen Agnaten und Mitbelehnten anfangen und Platz greifen könne? in dem §. 668. auf die §§. 290. 291., „bei denen es sein Bewenden habe," ausdrücklich hingewiesen.

Diese §§. 290. 291., lautend:

Doch können Verfügungen über Grundstücke ꝛc., welche im Hypothekenbuche eingetragen sind, nur von solchen Agnaten und Mitbelehnten angefochten werden, welche ihr Recht an dem Lehne zu der Zeit, da die streitige Verfügung eingetragen wurde, im Hypothekenbuche bereits hatten vermerken lassen. — Agnaten und Mitbelehnten also, deren Recht zu der Zeit, da die streitige Verfügung über das Lehn vermerkt wurde, dem Dritten, welcher die Verhandlung mit dem Lehnsbesitzer vornahm, daraus nicht bekannt sein konnte, sind nicht befugt, auch wenn die Lehnsfolge demnächst auf sie gelangt, von diesem Rechte zum Nachtheile des Dritten Gebrauch zu machen;

Digitized by Google

stehen daher den Klägern, welche eben so wenig wie ihr Vater (§. 293) ihr Recht auf das Lehngut P. IV. und V. Antheil im Hypothekenbuche hatten eintragen lassen, als im Jahre 1827 das dazu als Portinenz gehörige Gut L. IV. Antheil vom Besitzer veräußert und in Folge dessen vom Hauptgute abgeschrieben und als Allod auf ein besonderes Hypotheken-Folium übertragen wurde, obwohl sie bei dieser Verfügung über das Lehn nicht zugezogen worden sind, und ungeachtet der Fall der Aufhebung der Lehnsverbindung durch Familienschluß nach §. 9. des Edicts vom 9. October 1807 nicht vorliegt, unbedenklich entgegen, insofern der Erwerber von L., der Erblasser der Verklagten, als „ein Dritter" im Sinne des §. 291. cit. anzusehen ist.

Es fragt sich deshalb weiter: wer ist im §. 291. unter der Bezeichnung: „Dritter" zu verstehen? Jeder Andere dem veräußernden Lehnsbesitzer gegenüber, wie der erste Richter — ohne sonstige Gründe — „nach der Praxis des Allgemein. Landrechts" meint, auch wenn er selbst Agnat zum Lehngute ist? oder nur ein Fremder, d. h. eine Person, welche nicht mit zu den Agnaten oder Mitbelehnten (Gesammthändern) gehört? wie der Apellations-Richter angenommen hat unter Bezugnahme auf die §§. 293. 294. u. 421. a. a. O., sowie unter Hinweisung auf den Begriff des Lehns und das Wesen der Lehnsverbindung überhaupt.

Die Frage ist nach der zweiten Alternative zu entscheiden, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Es widerstreitet schon dem allgemeinen Sprachgebrauche, Miteigenthümer oder Theilhaber an einem Rechte in Bezug auf dessen Gegenstand als „Dritte" zu bezeichnen. Agnaten und Mitbelehnte sind aber nach §. 17. Thl. I. Tit. 18. eben so, wie nach gemeinem Lehnrecht, wenn auch ihr Recht so lange ruht, bis sie nach der Lehnsfolge-Ordnung zum wirk-

Digitized by Google

lichen Besitze des Lehns berufen werden (§. 18.), schon Theilnehmer an dem dem Vasallen zukommenden nutzbaren Eigenthume des Lehnes, also bezüglich desselben keine Dritte.

2. Daß das Allgem. Landrecht im §. 291. cit. unter dem Dritten, der im Glauben des Hypothekenbuchs die Veräußerungs-Verhandlung mit dem Lehnsbesitzer vorgenommen hat, eine außerhalb der lehnsberechtigten Familie, dem Kreise der Agnaten und Mitbelehnten, stehende Person gemeint hat, ergiebt sich aber nicht nur

a. aus den Worten: dem Dritten, dem das Recht der Agnaten und Mitbelehnten daraus (aus dem Hypothekenbuche) nicht bekannt sein konnte,
die nicht auf denjenigen passen, dem sein eigenes Agnationsrecht nach den Voraussetzungen des Gesetzes und nach den Grundsätzen des Hypothekenrechts hätte bekannt sein können oder sollen — §. 15. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. —
und

b. daraus: daß nach §. 293. 294. Söhne, welche sich noch in väterlicher Gewalt befinden, so lange sie sich darin befinden, zur Erhaltung ihres Rechts gegen den Dritten (§. 291.) überhaupt keiner Eintragung ihres Rechts an dem Lehne (§. 290.) bedürfen; sondern auch

c. daraus, daß der §. 300, welcher zu den von den Rechten der eingetragenen Agnaten und Mitbelehnten „gegen den Dritten", mit dem der Lehnsbesitzer die ihnen nachtheilige Verfügung vorgenommen hat, handelnden §§. 295. bis 301. gehört, bei Festsetzung ihrer Befugnisse wegen Deteriorationen von demjenigen, der eine solche Verhandlung mit dem Lehnsbesitzer vorgenommen hat, in eben der Weise, wie nach §. 577. von dem Lehnsbesitzer, d. h. dem Veräußerer des Lehns, Sicherheitsbestellung

Digitized by Google

verlangen, resp. ihm dieserhalb Schranken setzen zu können, sich nicht des Ausdruckes „dritter Besitzer" bedient, sondern sagt:

Wenn der fremde Besitzer des Lehns Verschlimmerungen in der Substanz desselben vornimmt.

Dafür spricht

d. daß auch in den von der Verjährung des Lehns handelnden §§. 655. 666. die Ausdrücke „Fremder" und „Dritter" nicht in unterschiedlichem, sondern in gleichem Sinne gebraucht sind, so daß unter dem „dritten redlichen Erwerber" einer mit der Lehnseigenschaft belegten Sache, die gar nicht ins Hypothekenbuch eingetragen ist, im §. 666. dasselbe zu verstehen ist, als unter dem „Fremden", welcher eine ohne Vermerk der Lehnseigenschaft ins Hypothekenbuch eingetragene unbewegliche Sache redlicher Weise als Allod an sich gebracht hat, im §. 665., und

e. daß das Allgem. Landrecht, wie eine Vergleichung der §§. 187. und 194. a. a. O. unzweideutig zeigt, gerade bei Veräußerungen des Lehns unter dem Ausdruck: „Fremder" eine nicht zu den Agnaten oder Mitbelehnten gehörende Person, sondern einen sowohl dem Veräußerer als den Agnaten und Mitbelehnten gegenüberstehenden Dritten versteht.

Außer dem allgemeinen Sprachgebrauche und der Terminologie des Allgemeinen Landrechts in den angegebenen Stellen spricht aber, ganz abgesehen davon, daß es auch dem, gegenseitige Rechte wie Verbindlichkeiten unter den in der Lehns-Verbindung stehenden Personen begründenden Wesen dieser Verbindung geradezu entgegen sein würde, wenn Agnaten durch bloße eigene Säumniß, ihre Rechte eintragen zu lassen, sich selbst in die Lage versetzen könnten, das Lehn als Allod

Digitized by Google

zu erwerben und aus dem Lehngange zu bringen, dafür, daß sich die Vorschrift des §. 292. cit. nur auf den Fall bezieht, wenn der Lehnsbesitzer das Lehn an einen Fremden, d. h. einen außerhalb des Kreises der Agnaten und Mitbelehnten stehenden Dritten veräußert hat, auch noch

3. die Vorschrift des §. 421. a. a. O., wonach zur Erhaltung des Succeſſions-Rechts die Eintragung desſelben in das Hypothekenbuch ſowohl bei Mitbelehnten als bei Agnaten zwar rathſam (§. 290. ff.), aber nicht nothwendig iſt, — eine Beſtimmung, aus welcher gerade durch die Bezugnahme auf die §. 290. ff. klar erhellt, daß die verſäumte Eintragung als Agnaten und Mitbelehnten nur gegen dritte und fremde, nicht im Lehnsnexus ſtehende Perſonen, nicht aber anderen Agnaten und Mitbelehnten gegenüber den Verluſt des Rechts, die von dem Lehnsbeſitzer vorgenommene Veräußerung kraft der ihnen nach §§. 17. und 288. zuſtehenden Befugniſſe, wenn die Lehnfolge an ſie gelangt, anzufechten, herbeiführen kann und ſoll.

Die Gegengründe, welche die Revidenten zur Widerlegung dieſer Argumentation anführen, ſind nicht ſtichhaltig. Sie beziehen ſich dabei

1. auf die Entſtehungsgeſchichte der §§. 266. — 312. Tit. 18. Thl. I. des A. L. R. Dieſelbe ſpricht jedoch, ſo weit es ſich um die §§. 290. 291. 301. 302. handelt, nicht nur nicht für, ſondern ſogar gegen die Anſicht der Verklagten. Der gedruckte Entwurf zum Allgem. Geſetz-Buche Theil II. Abth. 3. Tit. 16. über das Verhältniß der Lehnsfolge Berechtigten zum Vaſallen, ſo viel die Diſpoſitionen inter vivos anbelangt, enthielt nämlich nach den die Descedenten des Lehnbeſitzers betreffenden Vorſchriften (§. 166.—174.) unter anderen folgende Beſtimmungen:

§. 177. Andere Agnaten und Mitbelehnte, welche des

Digitized by Google

Lehnsbesitzers Erben nicht geworden, sind die von selbigem über das Lehn ohne ihre Zuziehung getroffenen Verfügungen anzuerkennen, nicht schuldig.

§. 179. Doch kann jeder Agnat und Mitbelehnte sein Recht erst alsdann rügen, wenn die Succession in das Lehn auf ihn gelangt ist.

§. 180. Es nimmt aber auch erst von dieser Zeit an die Verjährung wider ihn ihren Anfang.

§. 181. Hat also der Lehnsbesitzer das Lehn veräußert, so kann jeder dabei nicht zugezogene Agnat solches binnen dreißig Jahren nach dem auf ihn erfolgten Successions-Anfalle von dem dritten Besitzer zurückfordern.

Gegen diese Bestimmungen des Entwurfs sind nach dessen Veröffentlichung verschiedene Erinnerungen gemacht worden. Darunter folgende:

ad §. 177. „Nach Anleitung des Edicts (vom 4. August 1763) wegen Eintragung der Agnations-Rechte sollte festgesetzt werden:

a. daß jeder nicht eingetragene Agnat oder Gesammthänder für sich und seine lehnsfähigen Nachkommen alle bis zur Eintragung des Successions-Rechts mit dem Lehn vorgegangene Veränderungen und darauf gebrachte Beschwerden gelten zu lassen schuldig sei;

b. daß ihm auch nicht die Befugniß zustehe, von dem Lehnsbesitzer, welcher die Beschwerden auf das Lehn gemacht, oder die sonstigen Veränderungen vorgenommen hat, Entschädigung zu fordern und dessen Allodial-Erben darüber in Anspruch zu nehmen.

ad §. 179. 1. Diese Rüge wird oft zu spät kommen oder wenigstens große Weitläuftigkeiten veranlassen. . . . Es ist also billig, daß er (der Agnat) die Befugniß habe,

Digitized by Google

sich sogleich gegen eine Schmälerung seiner ex pacto et providentia majorum habenden Rechte sicher zu stellen.

2. Dem Agnaten und Mitbelehnten sollte wenigstens nachgelassen werden, sogleich auf die Ausmittelung der Thatsachen, woraus künftig ein Nachtheil für ihn entstehen kann, zu dringen ꝛc.

ad §. 181. 2. Es wird näher zu bestimmen sein, daß die Zurückforderung unentgeltlich, daß sie aber nur auf den Theil stattfinde, in welchem das Lehn dem Agnaten oder Mitbelehnten angefallen ist.

Suarez hat sich über diese Monita dahin geäußert:

A. ad §§. 177. 178. Es wird allerdings nothwendig sein, die dispositiones des Edicts vom 4. August 1763 wegen der Verbindlichkeit der Agnaten, sich im Hypothekenbuche eintragen zu lassen, hier zu inseriren. Die Vorschrift selbst ist, so viel auch darüber geschrieben worden, sehr billig und nützlich, ja zur Conservation des Credits nothwendig. Die Härten dabei sind nur: a) daß die Eintragung sub jactu juris succedendi verordnet worden ist, und b., daß der uneingetragene Agnat wegen solcher nachtheiligen Dispositionen, die er gelten lassen muß, nicht einmal den Regreß an das Allodial-Vermögen des Disponenten haben soll. Beiderlei Härten können füglich wegbleiben, und es ist genug, das Präjudiz der unterlassenen Eintragung nur darauf zu richten, daß ein solcher Agnat von seinem nicht eingetragenen Rechte gegen den Dritten, welcher dem Glauben des Hypothekenbuchs gefolgt ist, keinen Gebrauch machen kann; — und nach

B. gemachten Bemerkungen, daß die Zulassung der sofortigen actio revocatoria bedenklich sei, und es genügend er-

Digitized by Google

scheine, dem noch nicht zur Succession stehenden Agnaten das Recht, gegen den tertium ad eum effectum, daß derselbe von den beneficiis eines possessoris bonae fidei keinen Gebrauch machen könnte, zu protestiren, so wie die Befugniß, einen Beweis über den Hergang der Sache in perpetuam rei memoriam aufnehmen zu lassen, einzuräumen;

C. ad §. 181. Es wird beizufügen sein, daß revocatio feudi unentgeltlich geschehe, daß aber der fremde Acquirent übrigens, außer dem vorbemerkten Falle, alle Rechte eines bonae fidei possessoris habe.

Diese von Suarez in den vorstehenden Revisions-Bemerkungen entwickelten Grundsätze sind bei den Berathungen über das Gesetzbuch ohne Widerspruch angenommen worden. Demgemäß sind die §§. 177. — 186. des ersten Entwurfs umgearbeitet und in dem umgearbeiteten Entwurfe die §§. 279. –302. so gefaßt worden, wie sie wörtlich in das Allgemeine Landrecht Thl. I. Tit. 18., §§. 288. bis 312. aufgenommen sind mit der alleinigen Ausnahme, daß in dessen §. 309. der im §. 300. des Entwurfs fehlende Schlußsatz: sie mögen ꝛc. beigefügt worden ist. (Simon und von Strampff, Bd. 2. S. 109. 126. 127. 130.)

Wenn nun die Revidenten daraus, weil die §§. 290. 291. Thl. I. Tit. 18. A. L. R. aus dem Edict vom 4. August 1763 aufgenommen, und die Bestimmungen des Letzteren nur in den von Suarez ad §§. 177. 178. des Entwurfs unter a. und b. als Härten bezeichneten zwei Punkten gemildert resp. abgeändert worden seien, mit Rücksicht darauf, daß durch das Edict (§§. 8. und 15.) alle onerosen Verträge des Lehnsbesitzers, ohne Unterschied, ob der Mitcontrahent zur Lehnsverbindung gehört habe oder nicht, betroffen worden seien, die Folgerung herleiten, daß der §. 291.

Digitized by Google

cit. auch auf den Fall Anwendung finde, wenn das Lehn vom Besitzer titulo oneroso an einen Agnaten oder Mitbelehnten veräußert worden sei, so ist dies nicht richtig. Denn

a. enthält das Edict vom 4. August 1763 eine ausdrückliche Bestimmung, daß die Veräußerung eines Lehns titulo oneroso an eine zur Lehns-Verbindung gehörige Person den nicht eingetragenen Agnaten ꝛc. gegenüber dieselbe Wirkung, wie wenn sie an einen Dritten (Extranius) geschehen ist, haben solle, nicht, und es bleibt sonach, wenn auch die Verbindlichkeit der Agnaten und Mitbelehnten, sich im Hypothekenbuche eintragen zu lassen, aus dem Edicte in den §. 290. cit. übertragen worden ist, immer noch unentschieden, ob unter dem in dem an den §. 290. mit dem Worte „also" sich anschließenden §. 291. gebrauchten Ausdrucke: der Dritte, dem das Recht der Agnaten und Mitbelehnten aus dem Hypothekenbuche nicht bekannt sein konnte, auch ein Agnat und Mitbelehnter gemeint ist, mit welchem der Lehnsbesitzer eine das Lehn betreffende Verhandlung resp. Veräußerung desselben vorgenommen hat? Sollte aber auch nach Inhalt des Edicts deshalb, weil dasselbe rücksichtlich der onerosen Veräußerungen keinen Unterschied macht, ob sie an eine im Lehnsnexus stehende Person oder an einen Fremden erfolgt sind, anzunehmen sein, daß unter der Herrschaft des Edicts der nicht eingetragene Agnat auch im ersten Falle keine Befugniß zur Anfechtung solcher Veräußerungen gehabt habe, so kommt doch

b. in Betracht, daß die einer solchen Annahme zur Seite stehende Bestimmung des Edicts (§. 4. und 15.), daß die Nicht-Eintragung der Agnations- ꝛc. resp. Successionsrechte den Verlust des Successionsrechts nach sich

Digitized by Google

ziehen solle, in das Allgem. Landrecht, mit dessen Publication das Edict für die Folgezeit seine gesetzliche Kraft verlor, nicht nur nicht mit aufgenommen, sondern daß in dem §. 421. a. a. O., wonach unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die §§. 290. ff. zur Erhaltung des Successionsrechts die Eintragung desselben in das Hypothekenbuch sowohl bei Mitbelehnten, als bei Agnaten zwar rathsam, aber nicht nothwendig sein soll, das Gegentheil festgesetzt worden ist. Auf die Consequenzen, die sich aus dem Edicte herleiten lassen, kann daher nach Aufhebung der wesentlichen Bestimmungen, auf denen sie beruhen, bei Anwendung der gedachten landrechtlichen Vorschriften offenbar nicht zurückgegangen werden.

Der Ansicht der Revidenten steht aber

c. auch noch entgegen, daß Suarez in seinen Bemerkungen zu den §§. 177 — 181. des ersten Entwurfs zum Allgem. Gesetzbuche zu den §§. 177. 178. sub B. von dem Dritten, welcher dem Glauben des Hypothenbuchs gefolgt ist, spricht, und namentlich zum §. 181., worin von dem Rechte eines bei der Seitens des Lehnsbesitzers vorgenommenen Veräußerung des Lehns nicht zugezogenen Agnaten, dasselbe von dem „dritten Besitzer" zurückzufordern, die Rede war, wie erwähnt, denjenigen, gegen welchen die revocatis feudi unentgeltlich, übrigens aber, mit Ausnahme des Falles einer vom revocirenden Agnaten eingelegten Protestation, unter Wahrung aller Rechte eines bonae fidei possessoris solle geschehen können, als „fremden Acquirenten" bezeichnet. Wenn unter einem solchen aber nur ein Extraneus, d. h. eine außerhalb der Lehnsverbindung stehende Person verstanden werden kann, wie auch die Lehrer des gemeinen Lehnrechts zur Zeit der Redaction des Allgemeinen Lehnrechts, z. B.

Digitized by Google

G. L. Böhmer princ. jur. feud. §§. 255. 259. 260. 266. nicht nur zwischen refutatio feudi in favorem extranei, vel successoris feudalis etiam agnati remotioris, sondern auch zwischen alienatio (venditio, distractio) feudi in alterum das alienare in extraneum und in personam sub investitura comprehensam unterscheiden, (cfr. auch Eichhorn Einleitung in das deutsche Privat- und Lehnrecht §§. 226. 238. 240., Zachariä Handbuch des churfächsischen Lehnrechts §§. 152. 153.), und wenn, dieser Bemerkung von Suarez ungeachtet, in dem derselben gemäß redigirten §. 303. Tit. 18. Thl. I. das A. L. R., sowie in dem darin Bezug genommenen §. 296. nicht der Ausdruck: „fremde Acquirent", sondern „bisherige Inhaber" (§. 303.) und resp. „der Dritte, mit welchem der Lehnsbesitzer die Verhandlung (nachtheilige Verfügung über das Lehn) vornimmt", gebraucht worden, im §. 300 aber, wie schon oben erwähnt, wieder von „dem fremden Besitzer des Lehns" die Rede ist, das Allgem. Landrecht aber nach der obigen Darstellung an anderen Stellen unter einem Fremden eine Person versteht, die nicht zu den Agnaten und Mitbelehnten gehört, so spricht dieses Alles für die Annahme, daß die Worte Dritter und Fremder in den §§. 291. ff. gleichbedeutend sein sollen, und jedenfalls gegen die Ansicht der Revidenten, daß unter dem Ausdrucke „Dritter" im §. 291., abweichend von dem allgemeinen Sprachgebrauche, wie von der Terminologie der Rechtslehrer, und des Allgem. Landrechts selbst, unterschiedslos jeder Andere, mit dem der Lehnsbesitzer contrahirt habe, zu verstehen sei.

Revidenten stützen sich zwar für ihre Ansicht

2. noch darauf, daß die Consequenz der entgegengesetzten

Digitized by Google

Meinung gegen die Bestimmungen der §§. 327—330. Tit. 18. Thl. I. A. L. R. dahin führen würde, daß die für einen Agnaten unter Consens der eingetragenen Agnaten und Mitbelehnten eingetragene Hypothek von den nicht eingetragenen Agnaten angefochten werden könnte. Allein ebenfalls ohne Grund. Denn abgesehen davon, daß diese Paragraphen lediglich Anweisungen für den Hypothekenrichter enthalten und die materielle Rechtsfrage über die Folgen der Nichteintragung der Agnationsrechte unberührt lassen, so ist bei dieser Argumentation der Unterschied zwischen Veräußerungen im engeren Sinne (Verkäufen) und im weiteren Sinne (Verschuldungen und Belastungen) übersehen und unberücksichtigt geblieben, daß neben den allgemeinen Vorschriften der §§. 288—301. auch im Allgem. Landrechte für Dispositionen der ersten Art in den §§. 302—310. und der letzteren Art in den §§. 311—326. besondere Bestimmungen gegeben sind.

(Nachdem sodann ausgeführt ist, daß Kläger den Beweis dafür, daß der Erblasser der Verklagten Agnat des von ihm gekauften Lehnguts L. gewesen sei, durch die producirten Urkunden ausreichend geführt hätten, heißt es in den Urtelsgründen weiter.)

Hiernach steht die Agnaten-Qualität des Erblassers des Verklagten rücksichtlich des Lehnguts P. IV. V. an sich außer Zweifel und da ihm nach dem §. 421. Tit. 18. Thl. I. des A. L. R. sein Successionsrecht, auch wenn dasselbe nicht im Hypothenbuche eingetragen war, erhalten geblieben ist, so kann der Umstand allein, daß er bis 1827, wo er von dem Besitzer dieses Lehnguts das Pertinenzgut L. IV. Antheils als Allod gekauft hat, sich selbst als Agnat im Hypothekenbuche nicht hat eintragen lassen, nach der obigen Ausführung

Digitized by Google

nicht die Wirkung haben, daß er im Sinne der §§. 290. bi
291. a. a. O. als ein Dritter, d. h. nicht im Lehnsnex
stehender Fremder angesehen werden kann, zu dessen Na
theile andere Agnaten, welchen ihr Succeſſionsrecht in d
Lehn, der nicht erfolgten Eintragung ungeachtet, den sonſ
gen Lehnberechtigten gegenüber, ebenfalls erhalten geblieb
iſt, von ihrem Rechte auf das Lehn überhaupt keinen G
brauch zu machen befugt sein sollen. Iſt dies aber, u
anzunehmen, der Fall, so iſt auch der auf dieſe Paragraph
geſtützte Einwand der Verklagten: daß die Kläger auch un
der Vorausſetzung, daß dieſen Agnatenrechte auf das Le
gut P. IV. V. Antheils resp. das dazu gehörig gewe
Pertinenzgut L. IV. Antheils zuſtänden, derſelben durch
ren Nichteintragung auch dem Erblaſſer der Verklag
gegenüber verluſtig gegangen und deshalb zu den, ih
gegenüber, im gegenwärtigen Proceſſe geſtellten An
überhaupt nicht befugt ſeien, offenbar nicht begründet, u
die Beſtätigung des lediglich auf Verwerfung dieſes Ei
wandes lautenden Appellations-Erkenntniſſes unbedenkli
gerechtfertigt.

Digitized by Google

№ 12.

Hypotheken-Recht.

Ueber die Bedeutung der gesetzlichen Vorschrift: daß der Nebenbestimmungen über die Zahlung des Kapitals in dem Eintragungsvermerk keine Erwähnung geschieht, für die Fälligkeit und Zahlbarkeit einer Hypothekenforderung.

Gesetz vom 24. Mai 1853, betreffend einige Abänderungen der Hypotheken-Ordnung vom 20. December 1783, §. 29.

(Ges. S. S. 521.)

Auf dem jetzt dem Verklagten, Zinkgießermeister K. zu B., gehörigen Grundstücke stehen im Hypothekenbuche Rubr. III. Nr. 13. 250 Thlr. nebst fünf Procent Zinsen aus der Obligation vom 20. December 1859 eingetragen, welche nach Inhalt der letzteren vom 1. April 1860 ab in vierteljährlichen Raten von 20 Thlrn., ohne weitere Kündigung, von dem ursprünglichen Schuldner, Maurermeister P., an den Gläubiger, Dachdeckermeister Sch., gezahlt werden sollten. Die Post ist im Jahre 1863 an den Architecten P. und durch Cession vom 16. November 1866 an den Klempnermeister K. abgetreten. Dieser hat wegen des Capitals und der Zinsen seit 1. Januar 1867 im Mandatsprocesse die dingliche Klage angestellt.

Digitized by Google

Der Verklagte wandte rechtzeitig ein, daß der Cedent des Klägers, Architect P., ihm im Jahre 1865 bei Gelegenheit des Erwerbes des verpfändeten Grundstücks die urkundliche Zusicherung ertheilt habe, die 250 Thlr. innerhalb der ersten vier Jahre, vom 1. April 1865 ab, bei prompter Zahlung der Zinsen, ohne Kündigung stehen lassen zu wollen. Er hielt den Kläger hierdurch für gebunden, obwohl davon weder das Hypothekenbuch noch das cedirte Hypotheken-Document etwas enthält. In zweiter Instanz setzte der Verklagte der Klage noch die Einrede entgegen, daß dem Kläger vor der Cession vom 16. November 1866 von der Zusicherung des Architecten P. Kenntniß gegeben sei.

Das Stadtgericht zu Berlin und das Kammergericht erkannten am 26. März resp. 24. September 1867 auf Aufhebung des erlassenen Mandats. Der Appellations-Richter führte aus:

Nach §. 29. des Gesetzes vom 24. Mai 1853 werden Nebenbestimmungen über die Zahlung des Capitals in das Hypothekenbuch nicht mit eingetragen und danach sind denn auch im vorliegenden Falle in den Eintragungs-Vermerk vom 3. Januar 1860 die in der gerichtlichen Obligation vom 20. December 1859 bestimmten Zahlungs-Modalitäten nicht mit aufgenommen worden. Hieraus folgt von selbst, daß in Betreff der Zahlung des Capitals der Gläubiger, wie der Schuldner, und zwar gleich viel, ob es sich unter ihnen um die Verfolgung des Hypothekenrechts oder der persönlichen Verbindlichkeit handelt, an dasjenige gebunden sind, was darüber in den vorhandenen Urkunden bestimmt ist, und daß es daher im vorliegenden Falle dem Verklagten nicht zum Nachtheil zu gereichen vermag, daß die in dem Vertrage vom 28. März 1865 zwischen ihm und dem Auctor des Klägers über die Kündbarkeit des

Digitized by Google

eingeklagten Capitals getroffene Vereinbarung ebenso, wie die in Betreff der Zahlung in der Obligation vom 20. December 1859 enthaltene frühere Bestimmung im Hypothekenbuche nicht vermerkt ist. Daß die im §. 3. des Vertrages vom 28. März 1865 von dem Cedenten des Klägers übernommene Verpflichtung, seine Posten bei prompter Zahlung der Zinsen innerhalb der ersten vier Jahre nicht aufzukündigen, sich auch auf das eingeklagte Capital mit bezieht, erscheint nicht zweifellhaft, und daß der Kläger als Cessionar diese von seinem Cedenten übernommene Verpflichtung gegen sich gelten lassen muß, unterliegt ebenfalls keinem Zweifel.

Auf die Beschwerde des Klägers hat der dritte Senat des Ober-Tribunals in der Sitzung vom 14. Februar 1868 das zweite Urtheil vernichtet, das erste abgeändert und auf Vollstreckung des Mandats erkannt. Die

Gründe

lauten:

Der Kläger greift den Ausspruch des Appellations-Richters als nichtig an. Er hat, unter Widerspruch des Verklagten, den §. 29. der Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853, den §. 158. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung und den §. 423. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R als verletzt bezeichnet. Der Vorwurf erscheint begründet.

Es ist ein in dem §. 423. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. und in dem §. 158. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung vorausgesetzter Grundsatz der Preußischen Hypotheken-Verfassung von überaus erheblicher Tragweite,

daß demjenigen, welcher eine Hypothekenforderung nach Ablauf gewisser Fristen nach deren Eintragung, durch lästigen Vertrag erwirbt, bei Verfolgung des Hypothekenrechts von dem Schuldner Einwendungen, die demselben vorher

Digitized by Google

nicht kund geworden oder sich weder aus dem Hypothekenbuche, noch aus dem ihm übertragenen Hypotheken-Documente ersehen lassen, nicht entgegengestellt werden können.

Es gilt dies Princip eben sowohl von Einreden, wodurch der Anspruch ganz oder theilweise beseitigt werden soll, als von solchen, welche sich auf Nebenstimmungen, insbesondere auf die Fälligkeit und Zahlbarkeit beziehen. Letzteres freilich unter der Maaßgabe, daß wenn nur die rechtlich wirksamen Bedingungen der Fälligkeit von dem redlichen Erwerber der Hypothek anzuerkennen sind, die Frage, ob dieselben eingetreten sind, als bloße factische in Betracht kommen und im Falle des Nachweises ihrer Existenz gegen ihn geltend gemacht werden kann. Während die §§. 156. 157. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung dem Richter zur ausdrücklichen Pflicht machten, die Bestimmung über die Zahlung einer Hypothekenforderung in das Hypothekenbuch einzutragen, hat der §. 29. der Hypotheken-Novelle verordnet:

Der Nebenbestimmungen über die Zahlung des Capitals geschieht in dem Eintragungsvermerke keine Erwähnung.

Nach jetziger Lage der Gesetzgebung läßt sich mithin aus dem Hypothekenbuche weder die ursprüngliche Abrede über die Zahlbarkeit einer ingrossirten Post, noch eine etwaige Abänderung derselben ersehen. Denn wird die Eintragung der ersteren durch das Gesetz ausgeschlossen, so führt die Consequenz auch zur Ausschließung der letzteren, wiewohl eine ausdrückliche Vorschrift hierüber nicht besteht. Allein die erste Abrede ergiebt sich wenigstens aus dem eingetragenen Documente und ist in soweit für den dritten Erwerber der Post erkennbar. Handelt es sich um eine spätere Abänderung, so ist es Sache des Schuldners, Sorge zu tragen, daß auch diese aus dem Documente irgendwie ersichtlich werde, falls er davon gegen den dritten Inhaber der Hypothekenforderung Gebrauch

Digitized by Google

machen will, — eine Pflicht, die mit dem §. 14. Nr. 1. des Gesetzes vom 24. Mai 1853 im Einklange steht. Der oben erörterte allgemeine Grundsatz ist in dieser Hinsicht in Ansehung des Erwerbes einer Hypothek also nicht aufgehoben.

Der Appellations-Richter verletzt denselben, indem er aus dem §. 29. der Hypotheken-Novelle das Gegentheil folgert und dem Kläger ohne weitere Unterscheidung die zwischen seinem Cedenten und dem Realschuldner über die Zahlbarkeit des Hypotheken-Capitals getroffenen Abreden entgegenstellt, obwohl die letzteren ungünstiger als die aus dem Hypotheken-Documente hervorgehenden sind und dadurch das eingetragene Hypothekenrecht in lästiger Weise modificiren. Der §. 29. l. c. besagt dies nicht. Er bezweckt eine Abkürzung des Eintragungs-Vermerks, (Art. 17. Nr. 1., Art. 7. Nr. 2. der Minist. Instruction vom 3. August 1853), während für den Gläubiger nicht nur das Hypothekenbuch, sondern wesentlich auch das über die Forderung sprechende Document von Bedeutung ist und bei Uebertragung der Post an einen redlichen Dritten als Träger des Realrechts einen gesetzlichen Schutzanspruch gewährt.

Man hat, wie der Eingang der Ministerial-Instruction vom 3. August 1853 ergiebt, die bewährten Principien der Preußischen Hypotheken-Verfassung bei Erlaß der Novelle vom 24. Mai desselben Jahres im Allgemeinen beibehalten und hauptsächlich nur das Verfahren in Hypothekensachen von überflüssigen Hemmnissen befreien wollen. Die frühere Hypothekengesetzgebung ist in allen Punkten stehen geblieben, die nicht durch eine ausdrückliche Vorschrift des neueren Gesetzes abgeändert sind, oder sich mit dessen Bestimmungen als unvereinbar darstellen. Dies muß von dem hier in Rede stehenden Grundsatze zu Gunsten der Erwerber von Hypotheken um so mehr gelten, als er einen Cardinalpunkt für

Digitized by Google

die Sicherheit des Realcredits in sich schließt und durch den §. 29. der Novelle weder direct noch indirect betroffen wird. Es unterscheidet sich in diesem Punkte sehr wesentlich das Verhältniß des Cessionars einer eingetragenen Hypothek von demjenigen des dritten Erwerbers des verpfändeten Grundstückes, welchem gegenüber der §. 29. der Novelle von größerer Bedeutung sein kann. Das Appellations-Urtel unterliegt deshalb der Vernichtung.

Die freie Beurtheilung führt zur Abänderung des ersten Urtels. Die streitige Hypothek, welche der Kläger nach der vorgelegten Cession vom 16. November 1866 durch lästigen Vertrag überkommen hat, ist nach Inhalt des eingetragenen Hypotheken-Documents fällig. Was über die Zahlbarkeit zwischen dem Cedenten und dem Realschuldner verhandelt worden ist, und dem Documente widerspricht, bindet an sich den Kläger in Verfolgung des dinglichen Anspruches nicht.

Der von dem Verklagten erst in zweiter Instanz aufgestellte Einwand des dolus ist im Mandatsprocesse verspätet. §. 4. der Verordnung vom 1. Juni 1833, Entscheid. Bd. 56. S. 458 bis 462.

In Ermangelung sonstiger Einwendungen muß auf Vollstreckung des erlassenen Mandats erkannt werden.

Nachtrag.

In einem früheren Falle lag demselben Senate die Frage vor, ob ein auf das Gut K. eingetragenes Capital von 15000 Thlr., welches nach Inhalt der ursprünglichen Obligation vom 2. Januar 1858 noch nicht fällig war, gegen den zeitigen Besitzer des verpfändeten Gutes eingeklagt werden konnte, nachdem dessen Zahlbarkeit in Folge von ur-

Digitized by Google

kundlichen Vereinbarungen eingetreten war, die der Inhaber der Hypothek mit einem Vorbesitzer des Gutes getroffen hatte. Das Hypothekenbuch enthielt weder die erste, noch die spätere Verabredung über die Zahlbarkeit des Capitals.

Es ist diese Frage in der Sitzung vom 25. November 1867 bejaht und zwar aus folgenden

Gründen.

Das Capital steht auf dem Gute K. eingetragen. Der Verklagte haftet dafür dinglich und die Verfolgung eines Hypothekenrechts gegen den dritten Besitzer (§§. 492. 493. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R.) erfordert nicht nothwendig, daß außer dem Hauptstuhle alle Nebenverbindlichkeiten aus dem Hypothekenbuche erhellen. In Ansehung der vorbedungenen Zinsen wird dies durch die §§. 482. ff. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. bestätigt. (Präjudiz Nr. 744. Samml. Bd. 1. S. 118., Entschd. Bd. 1. S. 212. ff.) In nicht minderem Maaße gilt der Grundsatz in Betreff der Modalitäten der Zahlung eines eingetragenen Capitals. Hiergegen mochte früher ein Bedenken aus dem §. 156. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung entlehnt werden können. Seitdem jedoch der §. 29. des Gesetzes vom 24. Mai 1853 untersagt hat, die Nebenbestimmungen über die Zahlung eines Capitals in den Eintragungsvermerk aufzunehmen, ist das Princip mindestens rücksichtlich der in der eingetragenen ersten Obligation enthaltenen Zahlungsmodalitäten nicht anzuzweifeln.

Eben dasselbe muß aber im Verhältnisse zum Hypotheken-Schuldner für spätere Abänderungen jener Obligation, wenn dergleichen zwischen dem Gläubiger und dem Eigenthümer des Pfandes vereinbart sind, schon aus dem Grunde für richtig erachtet werden, weil — wenn die ursprüngliche Festsetzung im Hypothekenbuche nicht vermerkt werden soll — die

Digitized by Google

Eintragung einer demnächst erfolgten Modification sich von selbst ausschließt. Dafür sprechen zugleich andere rationelle Erwägungen.

Die Zeit der Zahlbarkeit einer Hypothekenforderung mag — in sofern sie eine größere oder geringere Befristung des Schuldners in sich schließt oder ihn bezüglich der baldigen Ablösung einer vielleicht lästigen Schuld befähigt oder beschränkt — für denselben von Werth sein und hierdurch auch auf den Werth des verpfändeten Grundstücks Einfluß haben können. Belastet wird das letztere im Wesentlichen doch nur durch den Betrag der darauf radicirten Forderung. Dies erkennt der Gesetzgeber selbst an, indem er im Falle der nothwendigen Subhastation die noch nicht fälligen Forderungen, wie die fälligen behandelt und nur dann, wenn eine nicht fällige unverzinslich ist, zu Gunsten der Kaufgeldermasse eine Berücksichtigung eintreten läßt. — §§. 396. 249. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855.

Ist ferner in der erst eingetragenen Obligation die Zahlung nicht an einem in sich bestimmten Tage versprochen, sondern von ungewissen Ereignissen, oder von der Willkür der Contrahenten durch Kündigung abhängig gemacht, so ist jeder dritte Besitzer des Pfandes in der Nothwendigkeit, über den Fälligkeitstermin der Hypotheken nicht sowohl aus dem Hypothekenbuche und den dort in Bezug genommenen Urkunden, sondern durch Nachfrage bei seinem Vorbesitzer oder bei den Gläubigern, oder bei dem Gericht sich Gewißheit zu verschaffen. In keiner anderen Lage befindet er sich, wenn man den Grundsatz des §. 29. des Gesetzes vom 24. Mai 1853 auf den Fall erstreckt daß die anfänglich vereinbarten Zahlungs-Modalitäten in späteren Urkunden durch die Interessenten geändert worden sind. Es liegt hierin kein Widerspruch mit dem Principe der Publicität der Hypotheken-Verfassung.

Digitized by Google

Wie der neue Erwerber eines Grundstücks das Vorhandensein von Lasten, denen das Gesetz begriffsweise nach Maaßgabe des §. 48. Tit. I. der Hypotheken-Ordnung dingliche Kraft beilegt, durch eigene Erkundigung zu ermitteln hat, so ist er auf solche rücksichtlich der Zahlbarkeit von Hypothekenforderungen angewiesen, wenn nur durch Eintragung des Hauptstuhles die vorgeschriebene Publicität gewonnen ist.

№ 13.

Einwand der Minderjährigkeit des Schuldners gegenüber dem Cessionar einer eingetragenen Forderung.

Kann sich der Cessionar einer eingetragenen Forderung auch gegen den Einwand der Minorennität des Schuldners darauf berufen, daß er vor der Cession weder durch Eintragung jenes Einwandes, noch sonst von der Minorennität des Schuldners Wissenschaft erlangt habe?

A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §§. 423. ff.

Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat in einem bisher noch nicht veröffentlichten Falle die aufgestellte Frage

Digitized by Google

bejahend entschieden und neuerlich beschlossen, die getroffene Entscheidung zu veröffentlichen. Die Sachlage war folgende:

Die P.'schen Eheleute zu Pt. hätten am 8. Juni 1861 ein gerichtliches Schuld- und Hypotheken-Instrument ausgestellt, worin dieselben sich als verfügungsfähig ausgaben, und für das von Elias B. empfangene Darlehn von 500 Thlr. nebst Zinsen ihr Grundstück verpfändeten; namentlich hatte die Ehefrau, welche in Gütergemeinschaft lebte, die Verpfändung und Eintragung genehmigt. Die Eintragung erfolgte am 13. Juni 1861 und am 25. Juli 1861 cedirte der Gläubiger die Forderung dem Botenmeister Friedrich B.; auch ist die Cession im Hypothekenbuch, in welchem eine Protestation bei der Post nicht vermerkt war, eingetragen worden. Es war aber die verehelichte P. zur Zeit der Ausstellung der Schuld- und Hypothekenverschreibung minorenn, ihr noch lebender Vater hatte ihre Erklärungen nicht genehmigt, war vielmehr bei der Ausstellung der Urkunde nicht zugezogen.

Die P.'schen Eheleute hatten rechtskräftig gegen den Elias B. die Ungültigkeit und Unverbindlichkeit der Schuldurkunde durchgeführt und zwar durch Erkenntnisse vom 12. März und 16. September 1862. Am 7. Juli 1862 klagte der Cessionar Friedrich B. wider sie auf Zahlung des Capitals von 500 Thlrn. nebst rückständigen Zinsen bei Vermeidung der Subhastation des verpfändeten Grundstücks. Die P.'schen Eheleute wendeten die Ungültigkeit der Schuldforderung wegen der Minorennität der verehelichten P. ein, bestritten auch die Fälligkeit der Schuld. Kläger hielt gemäß der §§. 423. ff. Tit. 20. Thl. I. A.-L.-R. den Einwand der Minorennität, ihm gegenüber, jedenfalls, so weit er das dingliche Recht verfolge, für grundlos, und erklärte, daß er das persönliche Recht nur gegen den Ehemann, den dinglichen Anspruch aber gegen beide Eheleute geltend mache.

Digitized by Google

Das Kreisgericht zu Grätz hatte am 25. Februar 1863 den Kläger mit dem dinglichen Anspruche gegen beide Verklagte abgewiesen, den Ehemann aber als persönlichen Schuldner verurtheilt. Der Ehemann appellirte zwar gegen seine persönliche Verurtheilung und erhob verschiedenene Einreden, indeß wurde seine Appellation verworfen und diese Entscheidung ist auch in der dritten Instanz aufrecht erhalten, was aber hier nicht weiter interessirt.

Auf Appellation des Friedrich B. ist aber, nachdem derselbe die Wissenschaft von der Minorennität der verklagten Ehefrau zur Zeit der Cession eidlich abgelehnt, das Erkenntniß erster Instanz von dem Appellationsgericht zu Posen am 23. Februar 1864 abgeändert worden und sind beide Verklagte verurtheilt, das eingeklagte Capital nebst Zinsen bei Vermeidung der Realexecution zu zahlen. Auf die von den Verklagten eingelegte Revision und Nichtigkeits-Beschwerde, welche letztere von ersterer nachgezogen wurde, sprach der dritte Senat des Ober-Tribunals, wie erwähnt, am 18. October und resp. 14. November 1864 die Bestätigung des Appellations-Urtels aus. Die

Gründe

des Urtels, so weit sie die aufgestellte Frage betreffen, lauten wie folgt: Revidenten und Imploranten behaupten aber weiter, der Kläger könne sich auf den §. 423. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. nicht berufen, weil dieser Paragraph sich nur auf die Einreden gegen die Gültigkeit des Forderungsrechts, nicht der Rechtsbeständigkeit des Pfandrechts beziehe. Allein diese Ansicht ist völlig grundlos, weil abgesehen davon, daß nicht abzusehen wäre, wie der Gesetzgeber zu einer Distinction der Art gekommen sein sollte, zumal es sich gerade hier von dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs handelt, nicht einzusehen ist, warum die Ein-

Digitized by Google

wendungen gegen das principale, die Schuld-Obligation, verloren gehen sollen, nicht aber gegen das accessorium, die Hypothek selbst, und es auch unrichtig ist, daß im §. 422. l. c. nur von der persönlichen Obligation die Rede sei; gemeint ist dort unter „Anspruch" eine eingetragene hypothekarische Obligation und von einer solchen ist auch im §. 423. die Rede. Eine andere, allerdings nicht angeregte Frage ist die, ob der §. 423. sich auf den Einwand der Minorennität beziehen lasse? Der Appellationsrichter ist mit Recht dieser Ansicht. Wenn der §. 423. l. c. von Einwendungen redet, so ist hier nicht von Exceptionen im eigentlichen Sinne die Rede, er umfaßt auch diejenigen Behauptungen, welche eine rein negative Litiscontestation enthalten und die demnach von dem, der die Thatsache, als Grund zur Abwehr gegen einen formell gültigen Anspruch aufstellt, zu erweisen sind. Das Gesetz braucht hier nur die Bezeichnung Einwendungen in dem weiteren Sinne, wird doch auch gemeinrechtlich von der exceptio minorennitatis gesprochen, und hat doch auch nicht bloß das Gesetz vom 1. Juni 1833 §. 3. unter Einwendungen, übereinstimmend mit §§. 25. ff. Tit. 27. Proc.-O., alle Einwendungen verstanden, ohne Unterschied der eigentlichen und uneigentlichen Exceptionen, und die Proceß-Ordnung §. 16. Tit. 9. macht eben so wenig einen anderen Unterschied als den, ob die Einwendungen nur thatsächlicher Natur sind oder exceptiones juris sind. Es ist eben so wenig in §. 382. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. der beliebte Unterschied aufgestellt, als der §. 423. einen Unterschied macht, ob die Einwendung die Entstehung oder den Fortbestand der Forderung betrifft, und ob die Einwendungen formeller oder materieller Natur sind, ob sie die Dispositionsfähigkeit der Erklärenden oder die objectiven Beziehungen betreffen. Zwar ist in einem älteren Falle angenommen worden, daß der Ein-

Digitized by Google

wand der Minorennität dem gutgläubigen Cessionar entgegengestellt werden könne. Es ist gesagt worden, das Hypothekenbuch sei nicht bestimmt, über die Dispositionsfähigkeit der Contrahenten Auskunft zu geben, der Cessionar müsse sich um die Dispositionsfähigkeit der Contrahenten erkundigen, und wenn er es nicht thue, den Nachtheil sich selbst beimessen. Es sei nicht eine unbedingte fides des Hypothekenbuchs mit Beseitigung der sonstigen Grundsätze des Rechts aufgestellt worden. Diese Ansicht, welche den Hypothekenverkehr ganz aufheben, jedenfalls sehr erschweren würde, zumal da bei einer Reihe von Cessionen auch die Einwendungen gegen die Freiheit und Ernstlichkeit der Willenserklärung, nicht bloß der persönlichen Unfähigkeit wegen Alters, Geisteskrankheit, Trunk oder Beraubung des Gebrauchs der Vernunft, ferner wegen Zwanges, der Simulation, des Scherzes und des Irrthums, in gleicher Art offen gelassen werden müßten, kann ferner nicht aufrecht erhalten werden. Es kommt nicht sowohl darauf an, ob das Hypothekenbuch darüber Auskunft gebe, und ob die Berufung auf die publica fides des Hypothekenbuchs Platz greife, sondern ob es sich von einer Einrede im Sinne des §. 423. a. a. O. handle, und ist dies der Fall, so muß der Paragraph zur Anwendung kommen, selbst wenn er anderen allgemeinen Grundsätzen widerspräche. Es ist hier lex specialis, welche den allgemeinen Gesetzen §§. 31. ff. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. grade und recht absichtlich im Interesse des Hypothekenverkehrs derogirt. Die §§. 365. ff. Tit. 1. Thl. II. und §. 709. Tit. 18. Thl. II. A. L. R. stehen dem nicht entgegen, sprechen vielmehr für die publica fides des Hypothekenbuchs in ihrem Interesse. Es ist daher völlig gleichgültig, ob die früher angeordnete Eintragung des Alters und anderer gesetzlichen allgemeinen Beschränkungen der Besitzer eines Grundstücks ex officio, durch die Rescripte vom

Digitized by Google

30. August 1833 und 1. October 1842 beseitigt worden. Die Gründe dieser Rescripte beziehen sich nur auf den ursprünglichen Contrahenten, nicht den Erwerber einer eingetragenen Hypothekenforderung; ihre Richtigkeit ganz dahin gestellt, entscheiden sie die vorliegende Frage nicht. Die Bemerkungen von Suarez bei der revisio monit. ad §§. 259. 665. Tit. 18. beziehen sich zunächst auf einen speciellen Fall, die Lehnseigenschaft betreffend, sie haben auch nur die Prüfung der Urkunde durch den ersten Contrahenten zum Zweck gehabt, (die Urkunde enthält aber den Beweis der Minorennität nicht) und selbst diese Prüfung ist bei der Gesetzrevision in neuerer Zeit für nicht berechtigt erachtet worden. Sie betreffen aber gar nicht den gegenwärtigen Fall, wo ein Dritter redlicher Weise eine eingetragene Forderung erworben und können zur Auslegung des §. 423. l. c. nicht herangezogen werden, zumal dann, wenn ein allgemeiner Grundsatz hätte dahin ausgesprochen werden sollen, daß auch jeder dritte Erwerber bona fide die Pflicht habe, alle Urkunden, die eingetragen oder allegirt sind, zu berücksichtigen, dies generell hätte angeordnet, oder doch der §. 423. anders hätte gefaßt werden müssen. Wollte doch Suarez kürzer und sicherer nur einen allgemeinen Satz aufnehmen ad I. 20. §§. 428—435. dahin, daß der, welcher einen bei der Eintragung von dem Richter begangenen Fehler durch eigene Einsicht und Prüfung der Urkunde, worauf die Eintragung sich bezieht, hätte wahrnehmen können und sollen, gegen einen Dritten, dessen Rechte dadurch verletzt worden, sich mit dem Glauben des Hypothekenbuchs nicht entschuldigen könne. Wenn also die Urkunden nichts ergeben, so schützt die fides des Hypothekenbuchs, und es ist daher unbegründet, daß die aus der Urkunde nicht hervorgehende Minorennität dem dritten redlichen Erwerber einer Hypothek ent-

Digitized by Google

gegengestellt werden könne. Dies wollte selbst Suarez nicht. (cfr. Bornemann System Bd. IV. S. 222.) Hiernach ist der dingliche Anspruch des Klägers vollkommen begründet.

№ 14.

Compensations-Einwand gegen den Cessionar einer eingetragenen Kaufgelderforderung.

Kann ein Cessionar einer eingetragenen Kaufgelderforderung, wenn aus dem Hypotheken-Instrumente hervorgeht, daß der Verkäufer bestimmte Verpflichtungen zu erfüllen übernommen und der Cessionar unterlassen hat, sich die Ueberzeugung zu verschaffen, daß diese Verpflichtungen des Verkäufers und Cedenten erfüllt worden, sich auf den Glauben des Hypothekenbuchs und die §§. 423. ff. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. berufen, um die geltend gemachten Gegenforderungen des Schuldners abzulehnen?

A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §§. 423. ff.
A. L. R. Anh. §. 53. zu §. 511. l. c.

Der Kaufmann L. zu K. hatte durch Cession vom 14. Februar 1866 eine eingetragene Kaufgelderforderung der K.'schen Eheleute aus dem Kaufvertrage vom 2. October 1862

Digitized by Google

über die Grundstücke Pr. Nr. 25. und 12. im Betrage von 685 Thlr. erworben, und klagte den Betrag von 135 Thlr. nebst Zinsen, als nicht bezahlten Theil dieser Forderung, gegen die Käufer und Besitzer der verpfändeten Grundstücke, die W.'schen Eheleute, ein. Die Verklagten wendeten unter Anderm ein, daß sie eine auf Pr. Nr. 12. eingetragene Forderung des Clemens Br. nicht übernommen, ihm aber hätten 50 Thlr. nebst 5 Thlr. 15 Sgr. Zinsen zahlen müssen, obwohl die Verkäufer ihnen Löschung derselben zu bewirken contractlich versprochen; daß sie zweitens eine für die Wittwe H. K., später verwittwete M., auf dem erwähnten Grundstücke haftende Altentheilsforderung durch drei Jahre mit 150 Thlr. berichtigt hätten, zu deren Erstattung die Verkäufer sich contractlich verpflichtet, und stellten diese 55 Thlr. 15 Sgr. und 150 Thlr. zur Gegenrechnung im Wege der Compensation, wobei sie bemerkten, daß sie die Cedenten deshalb bereits vor der Cession an den Kläger klagend in Anspruch genommen.

Kläger bestritt die Zulässigkeit dieser Gegenrechnung, insbesondere weil ihn der Glaube des Hypothekenbuchs schütze; er will zur Zeit der Cession von dem Inhalte des Kaufcontracts keine Kenntniß gehabt haben. Diese soll ihm erst nach Zufertigung des Zweigdocuments geworden sein, welches für ihn gefertigt worden.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Ostrowo, verwarf in dem Erkenntnisse vom 18. September 1866 die Einwendungen der Verklagten und verurtheilte sie nach dem Klageantrage. Der Civil-Senat des Appellationsgerichts zu Posen hat dagegen am 6. Mai 1867 die Klage auf Grund der festgestellten Compensations-Forderung, welche den Klagegegenstand übersteigt, zurückgewiesen. Die Gründe des Urtels, so weit sie die aufgestellte Frage betreffen, lauten:

Digitized by Google

Durch die Cession trete der Cessionar in alle abgetretene Rechte und damit verbundene Pflichten der Cedenten. — §. 402. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. — Bei Cession der Rechte aus zweiseitigen Verträgen müsse daher der Cessionar sich den Einwand des nicht erfüllten oder nicht gehörig erfüllten Vertrages entgegensetzen lassen, und es sei im ersteren Falle seine Sache, die Erfüllung nachzuweisen. Auch bei Ansprüchen, die in das Hypothekenbuch eingetragen sind, gelte dieser Grundsatz, soweit der Cessionar von diesen Einwendungen Kenntniß habe, oder ohne grobes oder mäßiges Versehen Kenntniß haben konnte und mußte. Bekanntlich sei nun der Erwerber einer Hypothekenforderung im guten Glauben gegen Einwendungen des Schuldners geschützt, und einem unredlichen Erwerber ständen diese Einwendungen entgegen, auch wenn sie nicht in das Hypothekenbuch eingetragen sind. — (§. 423. Thl. I. Tit. 20. A. L. R. — Entscheidungen Bd. 17. S. 270., Bd. 28. S. 222., Bd. 23. S. 156.) — Der gute Glaube eines Hypothekengläubigers sei aber ganz nach den Vorschriften über den redlichen Besitz von Sachen zu beurtheilen — (cfr. Entscheidungen Bd. 56. S. 121. ff.) — und die mala fides des Erwerbers einer Hypothekenforderung sei, in Gemäßheit des §. 15. Thl. I. Tit. 6. A. L. R. auch dann anzunehmen, wenn der Erwerber bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Richtigkeit des Anspruches zu zweifeln, oder sich darüber Gegenbeweis zu verschaffen, daß dem Anspruche Einwendungen entgegenstehen würden.

Ein solcher Mangel an Aufmerksamkeit falle aber dem Kläger zur Last, indem er — wie dies dann nach dem Inhalt des Vertrages vom 2. October 1862 näher ausgeführt wird — eine Forderung erworben habe, von wel-

Digitized by Google

cher er aus dem darüber sprechenden Documente habe sehen können, daß ihm begründete Einwendungen entgegengesetzt werden konnten. Es sei die Annahme wohl gründet, daß derjenige Erwerber einer eingetragenen F derung, welcher das wahre Sachverhältniß aus den dari sprechenden Urkunden ersehen konnte, den Glauben Hypothekenbuchs nicht vorschützen darf. (cfr. Bor mann Civilrecht Bd. 4. S. 350. 351. I. Ausg.) §. 53. des Anh. zu §. 511. I. 20. A. L. R. finde wegen des aus dem Vertrage ersichtlichen Compensation rechtes der Verklagten Anwendung.

Der Kläger legte zwar die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtel zweiter Instanz ein und behauptete namentlich die Verletzung der §§. 402. 407. 408. Tit. 11., §§. 423—426. und 511. Tit. 20., der §§. 300. 301. Tit. 16., §. 15. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. und des Anh. §. 53. zum A. L. R. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat aber durch Urtel vom 29. November 1867 die Beschwerde zurückgewiesen. Die

Gründe

des Urtels, so weit sie hier interessiren, sprechen sich hierüber wie folgt, aus: Der Appellationsrichter bestreitet nicht, daß dem redlichen Erwerber einer eingetragenen Forderung nur solche Einwendungen des Schuldners entgegengesetzt werden können, welche entweder durch Eintragung in's Hypothekenbuch oder anderweit dem Erwerber bekannt gewesen, oder ihm nur aus grobem oder mäßigem Versehen unbekannt geblieben. Er führt aber aus, daß Kläger bei Erwerb der Forderung bei gewöhnlichem Grade der Aufmerksamkeit an der Richtigkeit des Anspruchs zu zweifeln und Ursache hatte, sich danach zu erkundigen, ob dem Anspruche Einwendungen entgegenstehen, daß dem Kläger aber solcher Mangel an Aufmerksamkeit zur Last falle, da er aus dem Erwerb über die Forde-

Digitized by Google

rung hätte ersehen können, daß dem Anspruche begründete Einwendungen entgegengestellt werden könnten, daß er sich daher auf den Glauben des Hypothekenbuchs nicht berufen könne, ihm vielmehr nach dem Inhalte des Vertrages vom 2. October 1862 das Compensationsrecht der Verklagten gemäß §. 53. des Anh. zum A. L. R. entgegenstehe. Der Appellationsrichter verletzt durch diese Ausführung weder die §§. 402. 407. 408. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R., noch die §§. 422. ff. und 511. Tit. 20. Thl. I. A. L. R., den Anh. §. 53. zum A. L. R., §. 15. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R.

Er ist sich des Unterschiedes einer persönlichen Forderung und einer eingetragenen Forderung wohl bewußt, führt aber aus, daß der Kläger sich auf die fides publica des Hypothekenbuches nicht berufen könne, weil er nicht redlicher Erwerber der Forderung sei; daß ihm die Einwendungen und Gegenforderungen der Verklagten aus dem Kaufvertrage bekannt gewesen, oder doch hätten bekannt sein müssen, wenn er nicht die gewöhnliche Aufmerksamkeit vernachlässigt hätte. Es ist auch nicht zweifelhaft, daß, wenn aus dem der Forderung zu Grunde liegenden Instrumente die Gegenforderungen des Schuldners erhellen, der Cessionar diese nicht ohne den Vorwurf groben oder mäßigen Versehens ignoriren darf vielmehr sich durch Erkundigung bei dem Schuldner überzeugen muß, daß diese Forderungen nicht mehr bestehen. Nun ist thatsächlich festgestellt, daß nach dem Vertrage vom 2. October 1862 Verkäufer die Forderung sub Rub. III. Nr. 2. auf Pr. Nr. 12. binnen acht Wochen bezahlen und auf ihre Kosten löschen lassen mußten, und daß Verkäufer dem Käufer das an die Wittwe K. zu entrichtende Altentheil zu erstatten hatten. Es war daher Sache des Klägers, wenn er ein unanfechtbares Recht erwerben wollte, sich zu vergewissern, ob der Verkäufer dieser seiner Verpflichtung genügt hab

Digitized by Google

Der Implorant beruft sich in der Nichtigkeitsbeschwerde mit Unrecht auf das Präjudiz vom 23. Mai 1846 (Entscheid. Bd. 13. S. 279.). Wenn dort ausgeführt ist, daß es zur Compensation gegen den Cessionar einer eingetragenen Forderung nicht genüge, daß der Gegenanspruch des Schuldners resp. Besitzers des verpfändeten Grundstücks vor der Cession entstanden und dem Hypothekengläubiger bekannt gewesen sei, der Anspruch vielmehr mindestens schon bestimmt als Tilgungsmittel gegen die Hypothekenforderung bezeichnet und dies dem Cessionar bei Eingehung des Cessionsgeschäfts bekannt gewesen sein müsse, so ist doch hier, die Richtigkeit jenes Grundsatzes dahingestellt, und abgesehen davon, daß es sich von einer Gegenforderung aus demselben Geschäft handelt, der Einwand, d. h. der Anspruch auf die Gegenforderung, bereits vor der Cession dem Cedenten gegenüber klagend verfolgt worden; jedenfalls ist dort nicht davon die Rede, daß aus dem in Rede stehenden Cautions-Documente ein bestimmter Gegenanspruch erhelle, während hier aus dem Kauf-Instrument zugleich die Verpflichtung der Verkäufer erhellt, die 100 Thlr. zur Löschung zu bringen und den Käufer wegen des Ausgedinges der Wittwe M. mit Ausschluß der Wohnung zu entschädigen. Es handelt sich also nicht von bloß möglichen Gegenansprüchen, und von der Absicht, sie compensiren zu wollen, sondern von existenten Verpflichtungen der Verkäufer, da sie sogar theilweise rücksichtlich des Intabulats der 100 Thlr. vorzuleisten hatten, und es liegt in der Natur der Sache, daß diese Abrechnung mindestens schon in dem Kaufcontract ihren Grund hatte, während in dem Falle der Entscheidung vom 23. Mai 1846 eine Pachtcaution vorlag und unbestimmt war, ob der Verpächter überhaupt Ansprüche habe und diese geltend machen wolle. Hier hat der Schuldner seine Rechte vor der

Digitized by Google

Cession sogar geltend gemacht, und die Cession scheint nur aus der Absicht entstanden, um den Verklagten ihre gerechten Einwendungen abzuschneiden. Hat der Kläger, wie er angiebt, vor der Cession gar keine Kenntniß von dem Kauf-Instrument gehabt, so liegt dies in seiner groben Schuld und mit Recht bemerkt der Appellationsrichter. daß dies kaum glaublich sei, jedenfalls kann diese supina negligentia des Klägers ihm nicht zum Vortheil gereichen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde behauptet mit Unrecht, daß der Appellationsrichter nicht feststelle, daß Kläger zur Zeit der Erwerbung die Existenz der Gegenansprüche gekannt oder habe kennen müssen. Er setzt dies allerdings voraus, und da die Erfüllung einer Verpflichtung nicht präsumirt werden kann, so war es allerdings Sache des Erwerbers, sich darum zu bekümmern, ob diese Erfüllung geschehen, weil nur diese die Ausschließung der Gegenansprüche herbeiführen konnte. Kläger kann sich auf die publica fides des Hypothekenbuchs nicht berufen, da die Schuldurkunde die Ansprüche der Verklagten ergab. Daß der Appellationsrichter den §. 15. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. und die §§. 300. 301. Tit. 16. Thl. I. A L. R. verletzt habe, ist augenscheinlich grundlos. Es genügt, wenn dem Cessionar bei Erwerb der Forderung bekannt war, daß derselben Gegenforderungen entgegenstehen, die sich zur Abrechnung eigneten, deren Erfüllung und Wegfall ihm nicht bekannt war. Er würde in dolo sein, wenn er jene Gegenforderungen nicht beachten wollte, jedenfalls selbst die Schuld tragen, daß sie ihm entgegengesetzt worden.

Digitized by Google

№ 15.

Einfluß des Gesetzes vom 2. März 1850 auf den Besitz einer Erbpachtgerechtigkeit.

1. Erlangt der Erbpächter, welcher zur Zeit der Rechtskraft des Gesetzes vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, den Besitz, aber nicht das Eigenthum einer Erbpachtgerechtigkeit erworben hatte, durch die vor dem Erscheinen des erwähnten Gesetzes angefangene, jedoch nicht vollendete erwerbende Verjährung, auf Grund des bisherigen Besitzes das Eigenthum des in Erbpacht gegebenen Grundstücks, wenn die Verjährungsfrist nach Emanation des Gesetzes vom 2. März 1850 abläuft?
2. Wird der — unvollständige — Besitz des Erbpächters, welcher zur Zeit der Rechtskraft des Gesetzes vom 2. März 1850 das Eigenthum der Erbpachtgerechtigkeit nicht erlangt hatte, durch dieses Gesetz ipso jure in Eigenthumsbesitz verwandelt, oder erlöscht dadurch auch der bisherige unvollständige Besitz des Erbpächters?

Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Re-

Digitized by Google

allasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse. (Ges. S. S. 77.)

Der Landwirth T. hatte im Jahre 1834 durch einen mündlichen Vertrag über die Verleihung eines Erbpachtrechts an einem dem Verklagten S. U. gehörigen Grundstücke den Erbpachtbesitz desselben erlangt und diesen Besitz auch nach der Rechtskraft des Gesetzes vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, dergestalt fortgesetzt, daß seit dem Jahre 1834 bis zur Anstellung der Klage ein Zeitraum von dreißig Jahren verflossen war. Nunmehr beanspruchte Kläger das Eigenthum des durch den mündlichen Vertrag in Erbpacht gegebenen Grundstücks auf Grund der erwerbenden, dreißigjährigen Verjährung. Er beantragte, den bisherigen Eigenthümer zur Anerkennung des dem Kläger an diesem Grundstücke zustehenden Eigenthumsrechts zu verurtheilen. Verklagter widersprach nicht nur dem Antrage, sondern stellte auch den Widerklageantrag: den Verklagten zur Herausgabe des Grundstücks an ihn nach Ablauf der Kündigungsfrist für schuldig zu erachten, indem Verklagter davon ausging, daß durch das Gesetz vom 2. März 1850 der bisherige Erbpachtbesitz in einen Zeitpachtbesitz verwandelt worden sei.

Die Kreisgerichts-Deputation zu Hattingen erkannte am 10. October 1866 auf Abweisung des Klägers mit seinem Klageantrage und verurtheilte denselben bei der Widerklage zur Herausgabe des Grundstücks an den Verklagten nach abgelaufener Kündigungsfrist. Auf die Appellation des Klägers wurde diese Entscheidung von dem Appellationsgericht zu Hamm am 21. März 1867 bestätigt, wiewohl Kläger bezüg-

Digitized by Google

lich der Widerklage in zweiter Instanz noch eingewendet hatte, daß das Recht des Verklagten, den mündlichen Vertrag aufzurufen, in Folge des Ablaufs von dreißig Jahren durch die erlöschende Verjährung beseitigt worden sei.

Kläger legte hierauf die Nichtigkeitsbeschwerde ein. Der zweite Senat des Ober-Tribunals erkannte am 28. November 1867, daß:

1. in Ansehung der Klage die Beschwerde zurückzuweisen,

2. bezüglich der Widerklage aber die zweite Entscheidung zu vernichten, auch

3. in Ansehung der letzteren in der Sache selbst das erste Erkenntniß dahin zu ändern sei, daß Verklagter mit seinem Widerklageantrage, den Kläger zur Herausgabe des in Rede stehenden Grundstücks an ihn nach Ablauf der Kündigungsfrist zu verurtheilen, abzuweisen.

Die

Gründe

dieser Entscheidung, so weit solche die beiden an die Spitze gestellten Fragen betreffen, lauten dahin:

1. Die Annahme des zweiten Richters, daß der Kläger durch den im Jahre 1834 mit dem Verklagten geschlossenen mündlichen Vertrag eine Erbpachtgerechtigkeit nicht habe erwerben können, wird von dem Imploranten nicht in Zweifel gezogen.

Kläger will aber durch den dreißigjährigen Besitz der Erbpachtgerechtigkeit das volle Eigenthum der vererbpachteten Sache erlangt haben, und diese Ansicht wird von dem zweiten Richter verworfen, weil das Gesetz vom 2. März 1850 dem Kläger nicht zur Seite, sondern entgegenstehe. Adminiculirend bezieht sich hierbei der Richter auf den §. 69. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R.

Digitized by Google

Die Beschuldigung des Imploranten bezüglich der Klage geht dahin, daß von dem zweiten Richter §. 2. Nr. 2. und §. 91. des Gesetzes vom 2. März 1850, §. 625. Tit. 9., §§. 5. 9. und 69. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. verletzt seien. Nach dem unstreitigen Thatbestande hat Kläger sich seit dem Jahre 1834 in dem Besitze einer Erbpachtgerechtigkeit befunden und, abgesehen von dem Gesetze vom 2. März 1850, war dem Kläger die rechtliche Möglichkeit eröffnet, diesen Besitz durch den Ablauf von dreißig Jahren in ein Recht zu verwandeln. Wenn Kläger auf den Grund dieses unvollständigen Besitzes durch Verjährung das volle Eigenthum der unvollständig besessenen Sache erworben haben will, so kann er dies nur auf das Gesetz vom 2. März 1850 gründen, wie das in der That der Fall ist. Allein man muß dem zweiten Richter in dem von ihm gezogenen Resultate beitreten, daß dies Gesetz dem Kläger nicht zur Seite steht, wenn man auch sonst die Ansicht desselben nicht theilt. Diese Ansicht nämlich geht dahin, daß der Besitz einer Erbpachtgerechtigkeit durch das Erscheinen jenes Gesetzes seine rechtliche Bedeutung verloren habe. Nach der thatsächlichen Lage der Sache besaß Kläger nämlich bis zum Jahre 1850 die Erbpachtgerechtigkeit. Wurde sein Besitz durch das Gesetz vom 2. März 1850 nicht geändert, so konnte die Vollendung der Verjährung immer nur zur Ersitzung eines Erbpachtrechts, niemals zur Erwerbung des vollen Eigenthums führen, weil hierzu die Grundlage, ein für den Eigenthumserwerb geeigneter Besitz fehlte. Will man aber selbst zu Gunsten des Klägers annehmen, daß das Gesetz vom 2. März 1850 in denen Fällen, wo der Besitzer der Erbpachtgerechtigkeit nicht sofort das volle Eigenthum der Sache erlangte, den unvollständigen Besitz der Sache in einen vollständigen verwandelte, so würde Kläger doch erst den Eigenthumsbesitz

Digitized by Google

mit der Rechtskraft des Gesetzes vom 2. März 1850 erlangt haben, seit welcher Zeit die dreißigjährige Verjährungsfrist noch nicht verlaufen ist. Es wäre denn, daß dem Gesetze vom 2. März 1850 eine rückwirkende Kraft dergestalt verliehen wäre, daß es auch den vorher stattgefundenen unvollständigen Besitz als einen vollständigen betrachtet wissen wollte. Allein es ist die Regel, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, und nach §. 99. des Gesetzes vom 2. März 1850 findet dasselbe auf vergangene Fälle keine Anwendung, in so weit nicht in demselben eine Ausnahme ausdrücklich angeordnet worden ist.

Hiernach stehet das Gesetz vom 2. März 1850 dem Kläger nicht zur Seite, selbst wenn man die Auslegung des zweiten Richters nicht adoptiren will. Es ist mithin durch dessen Entscheidung nach Maßgabe des vorliegenden Thatbestandes der §. 2. Nr. 2. und der §. 91. dieses Gesetzes nicht verletzt worden.

Der adminiculirende Grund des zweiten Richters betrifft den §. 69. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. Dieses Gesetz schließt sich den Ausnahmebestimmungen an, in denen die Besitzergreifung ohne körperliche Uebergabe rechtlich möglich ist. Dasselbe besagt:

> Wer eine Sache ursprünglich bloß für einen Anderen inne hatte, kann durch seinen bloßen Willen, die Sache nunmehr für sich zu haben, den Besitz derselben nicht erlangen.

Implorant behauptet, diese Vorschrift passe hier nicht, und beruft sich deshalb auf die als verletzt bezeichneten §§. 5. und 9. l. c., weil Kläger von Anfang an nicht bloß Inhaber der Sache, sondern unvollständiger Besitzer derselben und vollständiger Besitzer des ihm eingeräumten Rechts gewesen sei. Sieht man lediglich auf die Worte, so könnte man dem Imploranten Recht geben. Der §. 69. l. c. ist jedoch nur ein

Digitized by Google

Ausfluß aus der in dem Landrechte niedergelegten Theorie, daß der Wille, besitzen zu wollen, in der Regel zur Besitzergreifung nicht genügt. Wer den unvollständigen Besitz einer Sache erlangt hat, erwirbt durch den bloßen Willen, die Sache nunmehr vollständig besitzen zu wollen, den vollständigen Besitz nicht. Hierzu bedarf es der Manifestation solcher Thatsachen, welche dem bisherigen vollständigen Besitzer seinen Besitz entziehen und diesen an den bisherigen unvollständigen Besitzer zu übertragen geeignet sind. Eine Anwendung dieser Regel für den vorliegenden Fall enthält der §. 69. a. a. O. Soweit mithin die Nichtigkeitsbeschwerde die Klage betrifft, ist dieselbe zurückzuweisen.

2. Bezüglich der Widerklage hat der zweite Richter speciell nur den Einwand der erlöschenden Verjährung beurtheilt. Er verwirft denselben, weil Kläger als Erbpächter nur einen unvollständigen Besitz ausübte, und weil Verklagter als vollständiger Besitzer der Sache zu betrachten und seine aus dem Erbpachtsvertrage entspringenden Rechte durch Empfangnahme der Erbpachtzinsen wahrnehme. Allein dieser Entscheidungsgrund trifft die Streitfrage nicht. Kläger hatte von dem Vater des Verklagten durch einen mit demselben errichteten mündlichen Vertrag eine Erbpachtgerechtigkeit erlangt. Verklagter war berechtigt, von diesem Vertrage zurückzutreten und von dem Kläger die Rückgabe der Sache zu verlangen. Kläger behauptet, dieses Rechtes sei Verklagter durch die erlöschende Verjährung verlustig gegangen. Das Revocationsrecht des Verklagten begann von dem Tage an zu verjähren, wo Verklagter solches geltend machen konnte, und die angefangene Verjährung konnte nur durch Anmeldung der Klage oder gegenseitiges Anerkenntniß des verjährenden Rechts unterbrochen werden. Daß beide Theile fortfuhren, das Verhältniß bestehen zu lassen durch Fortsetzung des Besitzes und

Digitized by Google

Zahlung und Annahme des Zinses, konnte nicht dazu dienen, die Verjährung des Revocationsrechtes zu unterbrechen. Aus dieser Fortsetzung des mündlich begründeten Rechtsverhältnisses würde man eher auf die Absicht des Verklagten, das Rechtsgeschäft nicht aufrufen zu wollen, schließen können. Der Appellationsrichter hat daher die §§. 545. und 546. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. verletzt, weil Inhalts derselben dem Kläger allerdings die erlöschende Verjährung entgegenstehen würde.

Der erste Richter verurtheilt den Kläger nach der Mittheilung des Appellationsrichters aus einem anderen Grunde Derselbe nimmt an, daß der Besitz Einer durch den mündlichen Vertrag erworbenen Erbpachtgerechtigkeit in Folge des Gesetzes vom 2. März 1850 seine rechtliche Bedeutung verliere, und daß der bisherige Erbpächter hiernächst nur als Zeitpächter zu betrachten sei. Da die Zurückweisung des eben besprochenen Einwandes des Widerverklagten dessen Verurtheilung in keiner Weise begründen könnte, und da der zweite Richter nach Verwerfung des gedachten Einwandes hinzusetzt:

> Bei dieser Sachlage scheint sowohl in Betreff der Convention, als der Reconvention die Entscheidung des ersten Richters gerechtfertigt,

so muß man annehmen, daß der zweite Richter bezüglich des Fundaments der Widerklage die Annahme des ersten theilt. Dies ist um so mehr der Fall, als der Appellationsrichter selbst ausspricht, der Besitz des Erbpächters habe durch das Gesetz vom 2. März 1850 seine rechtliche Bedeutung verloren. Es entsteht also die von dem Appellationsrichter zu Gunsten des Verklagten beantwortete Frage:

> ob ein Erbpachtbesitzer, welcher bei Emanation des Gesetzes vom 2. März 1850 den Erbpachtbesitz eines Grundstückes

Digitized by Google

inne hatte, durch das Gesetz diesen Besitz verlor, und ob sein Besitz fortan die rechtliche Eigenschaft eines Zeitpachtbesitzes annahm?

Implorant verneint diese Frage. Er ist vielmehr der Ansicht, daß der Erbpachtbesitz in einem solchen Falle die Qualification des Eigenthums — also des vollständigen Besitzes — annehme und daß die Fortsetzung dieses Besitzes zur Erlangung des vollen Eigenthums an der besessenen Sache führe.

Implorant dagegen vertheidigt die Meinung, daß der mündlich geschlossene Erbpachtvertrag durch das Gesetz vom 2. März 1850 ipso jure erloschen sei, weil dieses Gesetz die fernere Begründung eines Erbpachtverhältnisses absolut verbiete.

Zur Entscheidung dieses Streites ist es nöthig, auf das Gesetz zurückzugehen. Folgende Bestimmungen desselben kommen hier in Betracht:

§. 2. Nr. 2. Ohne Entschädigung werden aufgehoben das Obereigenthum des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn, desgleichen das Eigenthumsrecht des Erbverpächters; der Erbzinsmann und der Erbpächpächter erlangen mit dem Tage der Rechtskraft des gegenwärtigen Gesetzes, und lediglich auf Grund desselben, das volle Eigenthum.

Ferner:

§. 91. Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks ist fortan nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig.

Alinea 2., verbietet sodann die Auferlegung, nach dem Gesetz ablösbarer Lasten mit Ausnahme fester Geldrenten.

Alinea 3. bestimmt, daß neu auferlegte feste Geldrenten ablösbar sein sollen.

Dann heißt es:

Digitized by Google

Vertragsmäßige, den Vorschriften dieses Paragraphen zuwiderlaufende Bestimmungen sind wirkungslos, unbeschadet des sonstigen Inhaltes eines solchen Vertrages.

Daß durch dieses Gesetz solche Erbpächter, welche bei dessen Rechtskraft das Eigenthum der in ihrem Besitz befindlichen Erbpachtgerechtigkeit noch nicht erlangt hatten, das Eigenthum des vererbpachteten Grundstückes nicht sofort überkamen, damit ist Implorant einverstanden. Dem kann man auch nur beitreten. Darüber aber, ob in dem vorausgesetzten Falle der Besitz des Erbpächters gänzlich erlosch, oder ob er eine andere Qualification annahm, und sich etwa in Eigenthumsbesitz, oder in Zeitpachtbesitz verwandelte, enthält das Gesetz vom 2. März 1850 keine Anordnung. Will man logisch zu Werke gehen, so muß man sagen daß durch das Gesetz nur diejenigen Rechte alterirt wurden, deren Aenderung das Gesetz ausdrücklich bewirkte. Denn in der hier fraglichen Materie handelt es sich um den Verlust wohl erworbener Rechte, bei denen eine stringente Auslegung des Gesetzes gerechtfertigt ist. Sieht man aber auf die Absicht des Gesetzgebers, so ist es unleugbar, daß der Gesetzgeber die erbliche Ueberlassung von Grundstücken zu geringeren als vollen Eigenthumsrechten für unzuträglich hielt, denn derselbe untersagte die vertragsmäßige Begründung eines solchen Verhältnisses für die Zukunft, und in Ansehung der aus der Vergangenheit entsprungenen, rechtlich bestehenden Erbpachtsgerechtigkeiten entzog der Gesetzgeber dem Eigenthümer sein Eigenthumsrecht und verlieh es dem Erbpächter. Das Gesetz begünstigte hiernach den Erbpächter.

Die Annahme, daß ein Erbpächter, welcher das Eigenthum in Gemäßheit des Gesetzes nicht erlangen konnte, künftig als Zeitpächter zu behandeln sei, gereicht zum erheblichen Nachtheile des Erbpächters. Da das Gesetz den Fall nicht

Digitized by Google

entscheidet, so scheint es das Richtige, anzunehmen, daß in einem Falle vorliegender Art die Rechte des Eigenthümers und des Erbpächters, sowohl bezüglich der Substanz, als auch des Besitzes, unverändert geblieben sind.

Jedenfalls aber verletzt die Annahme des zweiten Richters das Gesetz vom 2. März 1850. Demnach fällt auch der das Fundament der Widerklage stützende Entscheidungsgrund und somit die Widerklage selbst.

№ 16.

Miethe.

Ueber die Befugniß des Miethers zu einer Kündigung des Miethsvertrages, wofern der Vermiether die Aufnahme eines Aftermiethers versagt.

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 309. bis 312.

Der Kreisrichter B. bewohnte zu L. im Hause des Maurermeisters K. ein Quartier, welches er von diesem für den Zeitraum vom 1. April 1865 bis zum 1. Juli 1867 gemiethet hatte. Der zwischen Beiden schriftlich abgeschlossene Miethscontract enthält über eine etwaige Untervermiethung keine Bestimmung. B. beabsichtigte zwei Zimmer seiner Wohnung, vom 1. October 1866 ab, an eine einzelne Person zu vermiethen. Er theilte dies mittelst eines Schreibens

Digitized by Google

vom 24. Juli 1866 dem K. mit und ersuchte ihn, unter der Voraussetzung, daß der einzunehmende Untermiether weder ein unehrbares, noch ein dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe treibe, um die Einwilligung zur Untervermiethung. Jenes Schreiben schließt mit der Erklärung, wenn bis zum 3. August 1866 keine Antwort erfolge, werde B. annehmen, daß K. die Einwilligung versage. Der Maurermeister K. gab hierauf keine Antwort.

Nunmehr kündigte der Kreisrichter B. am 6. August 1866 gerichtlich seine Wohnung und zwar zum 1. Januar 1867. In einem Schreiben vom 14. August 1866 erwiderte K.: im Miethsvertrage sei keine Stipulation enthalten, welche zur Aufnahme von Aftermiethern berechtige. Auch bemerkte er noch:

> Die von mir durch Stillschweigen ausgesprochene Ablehnung des Verlangens, dergleichen Miether in die Miethswohnung aufnehmen zu dürfen, ist kein gesetzlicher Grund zur Auflösung des geschlossenen Miethsvertrages; es besteht derselbe bis 1. Juli 1867 zu Recht.

Dies gab Veranlassung zu der, dem gegenwärtigen Processe zum Grunde liegenden Klage vom 27. September 1866, welche B. wider K., bei Wiederholung der Aufkündigung, mit dem Antrage erhoben hat:

> den Verklagten zu verurtheilen, die Kündigung für begründet und demnach anzuerkennen, daß für die von ihm im Hause des K. gemiethete Wohnung die Miethzeit mit dem 31. December 1866 zu Ende gehe.

Der Verklagte widersprach dem Antrage. Das Kreisgericht zu Landsberg a. W. und das Appellationsgericht zu Frankfurt a. O. erkannten auf Abweisung des Klägers.

In Folge der von dem Letzteren erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals, in

Digitized by Google

der Sitzung vom 14. October 1867, das Erkenntniß zweiter Instanz vernichtet und unter Abänderung des ersten Urtels, im Wesentlichen nach dem Klageantrage erkannt.

Gründe.

Implorant erhebt — unter Widerspruch des Imploraten — den Vorwurf, es seien von dem Appellations-Richter die §§. 310. 311. 312. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. verletzt. Diese Beschwerde ist eine berechtigte. Man kann dem Appellations-Richter darin beitreten, daß der Vermiether den Consens in die Aufnahme eines Untermiethers erst dann zu geben, oder zu versagen, eine unabweisbare Veranlassung hat, wenn ihm der letztere seiner Person nach bestimmt bezeichnet wird, und daß er, so lange dies nicht geschehen, jede Erklärung darüber: ob er einen Untermiether gestatten will oder nicht, ablehnen darf, ohne den Miether hierdurch nach Maaßgabe der §§. 311. 312. Thl. I. Tit. 21. A L. R. zu einer Kündigung zu berechtigen. Andererseits ist der Vermiether durch das Gesetz nicht behindert, seine Erklärung, ob er der Annahme eines Untermiethers in jedem Falle und unter allen Umständen widersprechen wolle, was ihm in Ermangelung abweichender Contractsbestimmungen zufolge der §§. 309. 310. 315. l. c. unverschränkt ist, schon vor der Bezeichnung eines Untermiethers, zur Vermeidung jeder ferneren Verhandlung hierüber, nach seinem Ermessen abzugeben. Geschieht dies und erklärt er seinen Widerspruch auf alle Fälle, ohne ihn auf die Voraussetzungen des §. 311. l. c. zu begrenzen, so hat der Miether keine weitere Pflicht, ihm einen etwaigen Untermiether namhaft zu machen, da der Vermiether durch seine Erklärung zu erkennen gegeben hat, daß ihm die Person des Untermiethers unerheblich ist, und daß er auch einem solchen sich widersetzt, welcher ein unehrbares oder ein dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe nicht betreibt.

Digitized by Google

Dem Miether wird hierdurch die rechtliche Möglichkeit zur Aufnahme eines Aftermiethers überhaupt entzogen. Er befindet sich mithin nicht mehr in der Lage, einen geeigneten Untermiether zu suchen und — was ganz zwecklos sein würde — dem Vermiether in Vorschlag zu bringen. Darum wird ihm aber auch in einem solchen Falle die Befugniß zur Kündigung in Gemäßheit des §. 312. l. c. erworben.

Nach dem Thatbestande, wovon beide Vorderrichter ausgehen, hat der Verklagte, als ihm die erste Kündigung des Klägers zugegangen ist, eine Erwiederung in schriftlicher Form ertheilt und der Kläger — wie die Klage bestätigt — hierin einen Grund zu einer zweiten Kündigung gefunden, welche er mit der Klage verbunden hat. Der Appellations-Richter hätte daher prüfen müssen, in wiefern die urkundlich ausgesprochene Willenserklärung des Verklagten dem Kläger ein Recht zur Kündigung gewährte? Wenn er die Klage ohne Rücksicht darauf verworfen hat, weil der Kläger es unterlassen, dem Verklagten einen Untermiether zu bezeichnen, so verletzt er die von ihm in Bezug genommenen und in der Nichtigkeits-Beschwerde allegirten Gesetze, die in so ausgedehnter Weise nicht anzuwenden waren.

Bei freier Beurtheilung läßt sich — insbesondere unter Berücksichtigung der eigenen Appellations-Beantwortungsschrift des Verklagten — nach dem Inhalte des Briefes des Klägers vom 24. Juli 1866 und der Entgegnung des Verklagten vom 14. August 1866 nicht bezweifeln, daß der Verklagte das Verlangen des Klägers, einen Untermiether in die Miethswohnung aufnehmen zu dürfen, für alle Fälle ablehnen wollte und abgelehnt hat, auch unter der von dem Kläger gestellten Voraussetzung, daß der aufzunehmende Untermiether weder ein unehrbares, noch ein dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe treibe. Der Verklagte ist

Digitized by Google

hiervon in dem gegenwärtigen Processe nicht einmal abgegangen. Zwar hat er der Klage als zweiten Einwand entgegengesetzt, daß ihm eine bestimmte Persönlichkeit, an welche der Kläger verafstermiethen wolle, nicht namhaft gemacht sei. Sein erster und Hauptgrund, weshalb er der Klage widerspricht, beruht aber in der irrigen Ansicht, daß der Kläger zur Annahme eines Aftermiethers durch den schriftlichen Miethscontract behindert sei, obwohl der Contract hierüber keine Bestimmungen enthält. Wie schon bei Beurtheilung der Nichtigkeits-Beschwerde erörtert ist, gab der Verklagte, durch die ausgesprochene bedingungslose Versagung seines Consenses, dem Kläger das Recht zur Kündigung der gemietheten Wohnung und da die mit der Klage verbundene Kündigung dem Verklagten am 1. October 1866 zeitig genug behändigt ist, so erscheint der Klageantrag, wonach das Miethsverhältniß als mit dem 31. December 1866 als beendigt angesehen werden soll, begründet. — §§. 312. 344. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R., Entscheid. Bd. 34. S. 166.

Unter Vernichtung des zweiten war das erste Urtel abzuändern.

Digitized by Google

№ 17.

Anfechtungsrecht der Ehefrauen gegen Dispositionen des Ehemanns über das gemeinschaftliche Vermögen.

Ist das im Präjudiz 551 (Sammlung S. 144) anerkannte Recht der Ehefrau, Verfügungen des Ehemannes über das gemeinschaftliche Vermögen wegen Simulation anzufechten, auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Simulation in der Weise vollführt wird, daß der Ehemann sich verklagen läßt, und so durch Anerkenntniß seine Verurtheilung, durch Agnitions-Bescheid, zur Zahlung einer fingirten Schuld herbeiführt?

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 380. 387.

Die Klägerin, Wirthsfrau Marie G., klagte im Frühjahre 1862 auf Ehescheidung gegen ihren Ehemann, Gottlieb G. jun. Gleich nach dem am 5. oder 6. Juli 1863 abgehaltenen geistlichen Sühneversuche soll der Ehemann gedroht haben, das ehegemeinschaftliche Vermögen dergestalt bei Seite zu bringen, daß für die Klägerin bei der künftig erfolgenden Vermögensauseinandersetzung nichts übrig bleibe, und soll diese Drohung durch verschiedene Operationen in's Werk gesetzt haben. Eine dieser Operationen soll darin bestanden haben, daß er eine nicht bestehende Darlehnsforderung von

Digitized by Google

600 Thlr., welche seine, in der Gewalt des Vaters Gottlieb G. sen. sich befindenden Brüder Carl und August G. an ihn haben sollten, fingirt hat. Er hat sich wegen dieser Forderung am 17. Juli 1863 verklagen lassen, hat dieselbe anerkannt und im Wege der Execution auf das ehegemeinschaftliche Grundstück zu C. hypothekarisch eintragen lassen im Betrage von 600 Thlr. und 33 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. außergerichtlichen Kosten. Obwohl es zur Ehescheidung der Klägerin nicht gekommen ist, indem sie durch das Appellations-Erkenntniß vom 21. September 1865 mit der Ehescheidungs-Klage abgewiesen ist, hat sie unterm 25. November 1865 doch dahin geklagt, daß die Verklagten, Gebrüder G., verurtheilt werden, in die Löschung jenes Ingrossates zu willigen.

Des Bestreitens der Verklagten ungeachtet erkannte, nach erhobenem Beweise, das Kreisgericht zu Goldap unterm 2. October 1866 auf Verurtheilung der Verklagten nach dem Antrage hinsichts der Summe von 422 Thl. 15 Sgr., Betreffs der Summe von 211 Thlr. 7 Sgr. 6 Pf. aber auf einen Ignoranz-Eid der Klägerin über die Simulation des Darlehns von 200 Thlr., von dessen Ableistung der Richter die Verurtheilung der Verklagten auch hinsichts dieses Darlehns, resp. die desfallsige Abweisung der Klägerin abhängig machte, indem die Verklagten behauptet hatten, die Darlehne in drei Summen von resp. 200 Thl., 300 Thlr. und 100 Thlr. gegeben zu haben, hinsichts deren der Richter die Simulation der beiden letzteren für vollständig, die der 200 Thlr. bis zur Ergänzung des Beweises durch den Erfüllungs-Eid erwiesen erachtete.

Die Verklagten appellirten, machten geltend, daß die Klägerin ohne den Vormund ihres inzwischen pro prodigo erklärten Mannes nicht klagen könne, und, nach Vorlegung

Digitized by Google

der Ehescheidungs- und Prodigalitäts-Acten, erkannte der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Insterburg unterm 13. Juni 1867 auf Bestätigung, indem der Richter die Parteien für activ und passiv legitimirt erachtete und feststellte, (resp. bis zur Ergänzung durch den Erfüllungseid), daß das ganze Darlehnsgeschäft ein fraudulöses Scheingeschäft war, und ausführte, daß die Klägerin auf Grund ihres Miteigenthumsrechts, welches ihr aus der ehelichen Gütergemeinschaft zustehe, berechtigt erscheine, dem Dritten (Verklagten) gegenüber geltend zu machen, daß das der Vorklage zum Grunde liegende Darlehnsgeschäft und das Anerkenntniß ihres Ehemannes G. jun. reine Simulationen, also in Wahrheit keine Geschäfte seien, wobei er sich auf die diesseitige Entscheidung des dritten Senats vom 19 December 1864. — Entscheid. Bd. 54. S. 1. — berief.

Die hiergegen von den Verklagten eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde, in welcher das Anfechtungsrecht der Ehefrau nur unter der beschränkenden Bedingung anerkannt wird, daß das Geschäft auch für den Ehemann anfechtbar sein müsse, woran es hier bei dessen erfolgter rechtskräftiger Verurtheilung fehle, und worin Verletzung der §§. 380. 387. Tit. 1. Thl. II. A. L. R., sowie der Grundsätze von der res judicata gerügt wird, wurde durch das Erkenntniß des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 13. December 1867 zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Nachdem für die Vermögensrechte der Eheleute bei gütergemeinschaftlichen Ehen die §§. 378. 379. 380. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. angeordnet, daß der Ehemann über die Grundstücke, sowie über auf den Namen beider Eheleute oder der Ehefrau allein geschriebene Capitalien ohne Bewilligung der Frau nicht durch Verkauf, Verpfändung, resp. Einziehung

Digitized by Google

disponiren kann, im Uebrigen aber in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens das Recht der freien Verfügung hat, reguliren die §§. 386. 387. a. a. O. die beiderseitigen Rechte der Eheleute noch näher dahin: daß einer Seits die Ehefrau gegen eine vorhabende Verfügung des Ehemannes, bei deren es ihrer Zuziehung nicht bedarf, demjenigen, mit welchem sie vollzogen werden soll, ihren Widerspruch äußern darf, in welchem Falle die Ergänzung ihrer Einwilligung durch den Richter abgewartet werden muß, anderer Seits, daß in allen Fällen, wo die Frau ihre Einwilligung versagt, diese vom Vormundschafts-Richter ergänzt werden kann, wenn die Verfügung nach den Umständen nothwendig oder dem Interesse der Frau unnachtheilig ist, und daraus geht also der Wille des Gesetzgebers dahin hervor, daß die Ehefrau, selbst in Fällen, wo es ihrer Zuziehung nicht bedarf, berechtigt sein soll, solche an sich dem Ehemann freistehende beabsichtigte Dispositionen durch zeitigen Widerspruch zu hindern, die an sich nicht nothwendig, wohl aber ihrem Interesse schädlich sind.

Unterliegt also die Dispositionsbefugniß des Ehemannes, so weit sie sonst frei ist, schon dieser Schranke, so kann er noch weit weniger berechtigt erscheinen, durch fraudulose Simulationen alle diese gesetzlichen Schranken illusorisch zu machen, und mit Recht ist daher schon im Präjudize Nr. 551 angenommen worden, daß die Ehefrau solche auch der freien Willkür des Ehemannes zustehenden Verfügungen wegen Simulation gegen ihn und den vorgeblichen Gläubiger anfechten darf. Dasselbe muß also auch gelten bezüglich eines im Processe ohne Zuziehung der Ehefrau abgegebenen Anerkenntnisses, durch welches ein solches fraudulöses und simulirtes Geschäft zu einem legalen zwischen den beiden Simulanten gestempelt und dadurch ihrer beiderseitigen Absicht gemäß ein Agnitionsbescheid herbeigeführt wird, welcher dem vorgeb-

Digitized by Google

lichen Gläubiger nunmehr das Recht giebt, wegen dieser fingirten Schuld des Mannes das gemeinschaftliche Vermögen der beiden Eheleute anzugreifen. Der Appellations-Richter also, der dies Alles anerkennt, im Uebrigen aber den gegen den Ehemann ergangenen Agnitionsbescheid ganz unberührt läßt, und ausdrücklich anerkennt, daß der Ehemann durch denselben gebunden ist, hat hierdurch die Grundsätze von der res judicata, sowie Präjudiz 551 und §§. 380. 387. Tit. 1. Thl. II. des A., L. R. in keiner Weise verletzt, und die hierauf allein gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde mußte daher zurückgewiesen werden.

№ 18.

Paderborn. Eheliche Gütergemeinschaft.

1. Findet die Ansicht, daß nach den Grundsätzen der Paderbornschen ehelichen Gütergemeinschaft, bei einer Ehe, aus der Kinder nachgelassen sind, durch den Tod des einen Ehegatten eine gänzliche Vereinigung der Rechte beider Ehegatten in der Person des Ueberlebenden (Consolidation) eintrete, in der Declaration vom 26. März 1861 eine Unterstützung?

2. Nach welchem Zustande und Werth des Vermögens ist bei einer Vermögens-Uebertragung unter Lebenden, durch den überlebenden Ehegatten, der statu-

Digitized by Google

tarische Schichttheil der unabgefundenen Kinder, bezüglich ihrer Descendenten oder Ehegatten, zu bestimmen?

Declaration, betreffend die Befugniß des überlebenden Ehegatten, nach der in den Fürstenthümern Paderborn und Minden, den Grafschaften Ravensberg und Rietberg, den Herrschaften Rheda und Gütersloh und dem vormaligen Amte Reckeberg geltenden Gütergemeinschaft während der communio prorogata über das gütergemeinschaftliche Vermögen zu disponiren, vom 26. März 1861. (Ges. S. S. 169.)

Die Eheleute Anton D. lebten in der Paderborner Gütergemeinschaft. Von ihren fünf Kindern starben zwei bei Lebzeiten beider Eltern, so daß beim Tode des Vaters im Jahre 1830 noch drei Kinder übrig blieben: Johann, Franz und Gertrud D. Die letztere heirathete am 1. Februar 1842 den Kläger Johann W. und nahm mit ihm ihren ersten Wohnsitz unter der Herrschaft der Paderborner Gütergemeinschaft in Lippspringe, starb jedoch schon im Jahre 1842 und wenige Monate nachher ihr einziges Kind, das sie dem Kläger geboren hatte.

Unterm 28. Mai 1857 verkaufte und übertrug die Wittwe Anton D. ihr Grundvermögen nebst Hausgeräthschaften und Mobiliar-Vermögen, als Zubehör des Hauses, mit Ausnahme eines Bettes und Koffers, ihrem Sohne Franz, jetzt Verklagten, für den Kaufpreis von 573 Thlr., welcher dadurch berichtigt werden sollte, daß Franz D. 48 Thlr. Schulden und 150 Thlr. als Abfindung an seinen Bruder Johann zu zahlen übernahm und für den Ueberschuß sich verpflichtete, seine Mutter in allen Lebensbedürfnissen zu unterhalten. Der Kläger hielt diesen Vertrag für eine Vermö-

Digitized by Google

gens-Uebertragung, da die Wittwe D. weiter nichts besessen habe, und fühlte sich dadurch verletzt, daß seine verstorbene Ehefrau darin nicht berücksichtigt sei. Dieselbe habe nach dem Tode des Vaters nebst ihren beiden Brüdern die Gütergemeinschaft mit ihrer Mutter fortgesetzt. Sie habe einen Anspruch auf ein Sechstel des Vermögens, als statutarischen Pflichttheil, gehabt, der vermöge der Gütergemeinschaft nach dem Tode seiner Frau und des Kindes auf ihn übergegangen sei und den die Wittwe Anton D. durch jenen Vertrag ihm nicht habe entziehen können. Er beantragte, den Verklagten zu verurtheilen:

ein eidlich zu bestärkendes Inventar cum taxa über das von der Wittwe Anton D. am 28. Mai 1857 übertragen erhaltene Vermögen und Rechnung über die Nutzungen, welche er von diesem Vermögen seit dem 28. Mai 1857 gezogen, oder bei wirthschaftlicher Verwaltung hätte ziehen können, zu legen und ein Sechstel des Werths jenes Vermögens als statutarischen Pflichttheil, sowie ein Sechstel des Werths der Nutzungen, welche er von diesem Vermögen seit dem 28. Mai 1857 gezogen oder bei wirthschaftlicher Verwaltung hätte ziehen können, dem Kläger zu zahlen.

Der Verklagte beantragte die Abweisung des Klägers. Er behauptete, der Contract von 1857 sei ein wirklicher Kaufcontract, und die Ehefrau des Klägers habe, da sie zur Zeit des Abschlusses desselben nicht mehr am Leben gewesen, ihrem Manne nichts zubringen können; er habe kein Erbrecht gehabt, auch würde seiner Klage die Verjährung nach §. 440. Thl. II Tit. 2. A. L. R. entgegenstehen, da er bereits im Jahre 1858 Kenntniß von dem fr. Vertrage erhalten.

Das Kreisgericht zu Paderborn erkannte am 13. December 1866 auf Abweisung der Klage. Dasselbe hielt zwar

Digitized by Google

den Contract vom 28. Mai 1857 für einen Uebertragsvertrag, wodurch dem Verklagten das gesammte Vermögen der Wittwe Anton D. übertragen worden, hielt aber letztere nicht für verpflichtet, ihre bereits verstorbene Tochter Gertrud dabei zu berücksichtigen, weil sie nach dem Gewohnheitsrechte der Provinz Alleineigenthümerin des gütergemeinschaftlichen Vermögens gewesen, die Kinder aber kein sofort existentes Erbrecht dem überlebenden Ehegatten gegenüber gehabt, dasselbe vielmehr erst mit dem Ableben des überlebenden Parens existent geworden sei.

Auf die Appellation des Klägers, welcher seinen Klageantrag wiederholte, bestätigte das Appellations-Gericht zu zu Paderborn unterm 21. Juni 1867 das erste Urtel.

Der Appellations-Richter trat der Ausführung des ersten Richters bei, daß die vor ihrer Mutter verstorbene Ehefrau des Klägers noch keine Anrechte an das von ihren Eltern gütergemeinschaftlich besessene Vermögen gehabt, mithin auch ein solches in ihre Ehe mit Kläger nicht eingebracht und, da sie sowie ihr Kind vor der Mutter gestorben, solches nicht auf Kläger transmittirt habe. Es sei dies eine Folge des Grundsatzes, daß der überlebende Ehegatte die während der Ehe beiden Ehegatten zustehenden Rechte auf das gemeinschaftliche Vermögen, auf das Gesammtgut, in seiner Person vereinige und Alleineigenthümer werde, es mögen Kinder aus der Ehe vorhanden sein oder nicht. Es wurde dieser Grundsatz als auf dem Herkommen beruhend, und sich aus den einzelnen Regeln desselben ergebend, dargestellt. Dabei wurde hervorgehoben, daß vornämlich darauf zu sehen sei, welches Prinzip mit den einzelnen unzweifelhaft feststehenden Vorschriften am natürlichsten und einfachsten im Einklang stehe; die einzelnen hier einschlagenden Regeln des Gewohnheitsrechts führten dann darauf hin, daß sich das Vermögen bei der ehelichen

Digitized by Google

Gütergemeinschaft in der Person des überlebenden Ehegatten consolidire, mögen Kinder vorhanden sein oder nicht, und daß die Kinder ihm, als dem Eigenthümer, gegenüber, nur dieselbe Expectanz auf die künftige Erbfolge hätten, welche sie bei Lebzeiten beider Eheleute, diesen und der elterlichen Gütergemeinschaftsmasse gegenüber besaßen. Es wurden als solche dieses Princip darlegende unbestrittene Sätze des Gewohnheitsrechts aufgeführt:

1. daß dem überlebenden Ehegatten, wenn keine Kinder vorhanden, das Gesammtgut als Eigenthum verbleibe,
2. daß die Theilung bei der Schichtung nicht nach dem Zustande des Vermögens zur Zeit des Todes des erstverstorbenen Ehegatten, sondern nach dem Zustande zur Zeit der Auseinandersetzung selbst erfolge, und hierbei die Erwerbungen der Kinder, außer dem durch Thätigkeit im elterlichen Hause Erworbenen, ihr Eigenthum bleibe, wodurch die Societät Beider ausgeschlossen werde;
3. daß bei der Schichtung der überlebende Ehegatte das Naturalvermögen behalten könne und den Kindern nur die Hälfte des Schätzungswerths zu bezahlen brauche;
4. daß während der Ehe kein Ehegatte befugt sei, für sich allein auch nur über den geringsten Theil des Gesammtguts letztwillig zu verfügen, wogegen nach der Declaration vom 26. März 1861 der überlebende Ehegatte vorbehaltlich des den unabgefundenen Kindern gebührenden statutarischen Schichttheils auch über den Inbegriff des gemeinschaftlichen Vermögens unter Lebenden und von Todeswegen verfügen könne, woraus deutlich hervorgehe, daß der überlebende Ehegatte durch den Tod des andern nunmehr Alleineigenthümer der Masse geworden sei.

Digitized by Google

Es wurde ausgeführt, daß jene Declaration eine Entscheidung weder zu Gunsten des Condominial- noch des Consolidations-Princips habe treffen wollen, daß es aber in der That mit dem Wesen und der Natur des Miteigenthums nicht vereinbar sei, daß der eine socius über das gesammte gemeinschaftliche Vermögen testiren könne. Auch sei noch kein Fall vorgekommen, daß ein Kind während der sogenannten prorogirten Gütergemeinschaft über seinen vermeintlichen Antheil verfügt habe. Endlich wurde auf eine Bestimmung im §. 29. der Minden-Ravensberg'schen Dorfordnung vom 7. Februar 1735 als auf ein gesetzliches Zeugniß für das Alleineigenthum des überlebenden Ehegatten Bezug genommen, woraus dann folge, daß die Kinder ihm gegenüber nur ein Recht auf den Pflichttheil aus diesem Gesammtvermögen resp. aus seinem Nachlasse hätten, und von einem Pflicht- oder Schichttheil des vor ihm verstorbenen Kindes nicht die Rede sein könne.

Auf die hiergegen vom Kläger erhobene Nichtigkeits-Beschwerde hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Urtel vom 31. Januar 1868 das zweite Erkenntniß vernichtet und das erste dahin abgeändert, daß Verklagter schuldig, dem Kläger ein eidlich zu bestärkendes Inventar cum taxa über das von der Wittwe Anton D. am 28. Mai 1857 übertragen erhaltenen Vermögen zu legen und ein Sechstel des Werthes jenes Vermögens nebst fünf Procent Zinsen seit dem 7. Juni 1866 dem Kläger zu zahlen, Kläger mit seiner Mehrforderung abzuweisen.

Gründe.

Der Appellations-Richter tritt der Ausführung des ersten Richters darin bei, daß die vor ihrer Mutter, der überlebenden Wittwe Anton D., verstorbene Ehefrau des Klägers Gertrud D., noch keine Anrechte an das von ihren Eltern ge-

Digitized by Google

meinschaftlich besessene Vermögen gehabt, mithin auch ein solches in ihre Ehe mit dem Kläger nicht eingebracht, und, da sie, sowie ihr Kind vor der Mutter verstorben, solches auf Kläger nicht transmittirt habe. Es ist dies, nach seiner Ansicht, eine Folge des Grundsatzes, daß der überlebende Ehegatte die während der Ehe beiden Eheleuten zustehenden Rechte auf das gütergemeinschaftliche Vermögen, auf das Gesammtgut, in seiner Person vereinige und Alleineigenthümer werde, es mögen Kinder aus der Ehe vorhanden sein oder nicht.

Diese Ansicht steht mit dem vom Imploranten als verletzt bezeichneten, vom Ober-Tribunal bisher stets als richtig anerkannten und in Anwendung gebrachten Rechtsgrundsatze (wie der Appellationsrichter selbst nicht verkennt) in offenbarem Widerspruch, mit dem in dem Präjudiz Nr. 1287 (Entscheid. Bd. 8. S. 458.) dahin ausgedrückten Rechtsgrundsatze, nämlich:

> Nach den Grundsätzen der Paderbornschen Gütergemeinschaft tritt bei einer Ehe, aus der Kinder nachgelassen sind, durch den Tod des einen Ehegatten keine gänzliche Vereinigung der Rechte beider Eheleute in der Person des Ueberlebenden (Consolidation) ein. Die Kinder gelangen vielmehr sogleich zum Miterbrecht und Miteigenthum in Betreff des ihnen gebührenden Antheils und die Rechte des überlebenden Ehegatten auf dieses Erbtheil der Kinder können nur als ein Nießbrauchs- und ausgedehntes Verwaltungsrecht angesehen werden.

In dem Berichte des Ober-Tribunals vom 20. März 1844 (Beilage zum Justiz-Minist.-Blatt Nr. 33. und von Kamptz Jahrbücher Bd. 64. S. 158.) ist diese Frage einer eingehenden Beurtheilung und Würdigung, namentlich auch in Betreff der jetzt vom Appellationsgerichte für seine Ansicht aufgestellten Gründe, unterworfen worden. Es ist bezüglich der

Digitized by Google

Frage: ob bei einer beerbten Ehe dem überlebenden Ehegatten das Alleineigenthum an dem ganzen Gütergemeinschafts-Vermögen zuzuschreiben, den Kindern aber nur eine certa spes succedendi, oder ob die Kinder als Miteigenthümer zu betrachten seien? bemerkt worden, daß das Ober-Tribunal stets das letztere, das sogenannte Condominial-Prinzip befolgt, und sich hierfür nunmehr auch das Plenum mit Einstimmigkeit erklärt habe. Es sind die Gründe entwickelt worden, weshalb auch unter Berücksichtigung der allerdings herkömmlichen ausgedehnten Dispositionsbefugnisse des überlebenden Ehegatten, zugleich aber unter Berücksichtigung des bei jeder Auseinandersetzung oder Schichtung unbestritten vorwaltenden Theilnahmerechts der Kinder zur Hälfte, rechtlich nur eine fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb, keineswegs aber das behauptete Alleineigenthum des überlebenden Parens als bestehend angesehen werden könne. Mit Rücksicht auf alle vorliegenden historischen Momente, namentlich auch auf die, vom vorigen Richter jetzt für seine Meinung wieder geltend gemachte Bestimmung der Minden-Ravensberg'schen Dorfordnung vom 7. Februar 1755 §. 29.:

> Bei freien Leuten ist die Beschreibung der Erbschaften nicht nöthig, da in diesen Landen die Gemeinschaft der Güter hergebracht ist, und der überlebende Ehegatte des Verstorbenen unstreitiger Anerbe ist (Wigand Bd. II. S. 374.),

welche sich lediglich auf die Colonate beziehe, bei denen der aufheirathende Ehegatte dadurch, daß er gleich bei der Auffahrt den Weinkauf, das Laudemium, Antrittsgeld, für die Stätte bezahlen mußte, dieses Successionsrecht begründet habe (Nr. 7b. des Berichts), wird sodann darauf hingewiesen, daß das sogenannte Consolidations-Prinzip keineswegs als ein alt hergebrachtes in der Provinz zu betrachten sei, daß vielmehr

Digitized by Google

vor der französischen Invasion — und darauf kommt es doch nach der Verordnung vom 8. Januar 1816*), wegen Wiederherstellung der ehelichen Gütergemeinschaft, wie sie vor der Einführung des französischen Rechts bestanden, wesentlich an — das Condominial-Prinzip ganz entschieden geherrscht habe und ausdrücklich von der ehemaligen Gesetz-Commission anerkannt worden sei. Der Anerkennung der behaupteten neueren Praxis, als wahren Gewohnheitsrechtes, stehe entgegen, daß sie auf keiner factischen historischen Basis, auf keinem vorgefundenen Herkommen beruhe, sondern lediglich auf irrthümlich angenommenen Rechtsnaturen, welche die Gütergemeinschaft haben solle und auf der ebenso irrigen Rechtsmeinung, daß die dem pares superstes zustehenden besonderen Rechte juristisch dessen Alleineigenthum bedingten, das Miteigenthum der Kinder aber geradezu ausschlössen. Es gilt dies nun namentlich auch von den vom vorigen Richter hervorgehobenen statutarischen Bestimmungen. Das Successionsrecht des überlebenden Ehegatten bei unbeerbter Ehe in das gesammte Vermögen findet sich auch bei anderen statutarrechtlichen Gütergemeinschaften, bei denen das Condominial-Prinzip außer Zweifel ist, vor; es folgt daraus nichts für das angebliche Alleineigenthum des überlebenden Parens bei beerbter Ehe. Die Grundsätze der fortgesetzten Gütergemeinschaft (nicht Societät) auf Gedeih und Verderb, nach welchen die Theilung bei der Schichtung nicht nach dem Zustande des Vermögens zur Zeit des Todes des erstverstorbenen Ehegatten, sondern nach dem Zustande zur Zeit der Schichtung selbst erfolgt und dabei von dem Erwerbe der Kinder nur der Ertrag ihrer Beihülfe im elterlichen Gewerbe oder Haushalte zur Gemeinschaft fließt, ingleichen die Bestimmung, nach welcher die

*) Gesetzsammlung vom Jahre 1816, S. 97.

Digitized by Google

Kinder bei der Schichtung nur die Hälfte des Schätzungswerthes des Vermögens verlangen können und der überlebende Ehegatte die Vermögensgegenstände für die Taxe zu übernehmen befugt ist, schließen das Miteigenthum der Kinder eben so wenig aus, wie dies die hierin übereinstimmenden Vorschriften des Gesetzes vom 16. April 1860 §§. 10. 15. 17. in Betreff der durch dieses Gesetz neu-eingeführten Gütergemeinschaft gethan haben. Noch viel weniger ist dies der Fall bei der Declaration vom 26. März 1861, welche ausdrücklich den Fall einer mit den Kindern fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft voraussetzt und den Kindern eben so ausdrücklich ihren statutarischen Schichttheil (nicht Pflichttheil) vorbehält. In den Motiven der Vorlage dieser Declaration Seitens der Regierung ist allerdings die Streitfrage:

ob Alleineigenthum des überlebenden Ehegatten oder aber Miteigenthum der Kinder?

dahin gestellt gelassen, weil die durch die Declaration außer Zweifel zu stellende Dispositionsbefugniß des überlebenden Ehegatten mit dem, theoretisch als richtig anerkannten, Condominial-Prinzip wohl verträglich sei. Nach dem Berichte der Justiz-Commission des Herrenhauses (Sitzungs-Periode 1860 — 61 Nr 19) vom 9. Februar 1861 „stellt sich die Declaration zu den beiderseitigen Theorien dahin, daß sie entschieden, gleichwie das neue Gesetz, §§. 7. 10., gegen das Consolidations-Prinzip, bezüglich gegen das Alleineigenthum des Ueberlebenden, auf die Seite des Condominial-Prinzips trete. Denn es spreche von einer Fortsetzung der Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern, von einer Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen; sie verpflichte den Ueberlebenden, „„den Schichttheil"" der Kinder zu achten. . . Dieselbe weiche freilich von den natürlichen

Digitized by Google

Folgen des Condominial-Prinzips ab, widerstrebe aber nicht seinem Wesen." Auch in dem Berichte der Justiz-Commission des Abgeordnetenhauses vom 1. März 1861 (1861 Nr. 73.) wird bemerkt: „es sei über diese Controverse ein directer Ausspruch in der Declaration nicht gethan, obwohl die Motive S. 10. mit Recht der Condominial-Theorie, welche auch in dem Gesetze vom 16. April 1860 herrsche, den Vorzug gäben, und dies, wie im Berichte der Herrenhaus-Commission bemerkt sei, auch die Ausdrücke der Declaration an den Tag legten. Die Begründung der streitigen Befugnisse des überlebenden Ehegatten aus dem Alleineigenthum desselben bleibe also jedenfalls ausgeschlossen." —

Die gedachte Declaration kann also weder nach ihrem Wortlaut, noch nach der dabei obgewalteten Intention, irgend ein Moment für die Theorie oder practische Gültigkeit des Alleineigenthums des überlebenden Ehegatten, seinen Kindern gegenüber, abgeben; sie unterstützt im Gegentheil das Condominial-Prinzip.

Da die Entscheidung des Appellationsgerichts lediglich und allein auf dem Consolidations-Prinzip beruht, so muß dieselbe aus den vorstehenden Gründen als rechtsgrundsätzlich irrig vernichtet werden.

In der Sache selbst ist auch das Urtel erster Instanz auf dasselbe Consolidations-Prinzip gegründet, und es ist dasselbe daher abzuändern, insofern dem Anspruche des Klägers nicht andere Bedenken entgegenstehen. In dieser Hinsicht kann aber zunächst der Einwand der zweijährigen Verjährung nach §. 440. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. für nicht begründet erachtet werden. Denn der §. 440. l. c. kann nur auf Klagen wegen Enterbung oder Verletzung im Pflichttheil, nicht aber auf den Schichttheil, da dieser den antheiligen Anspruch, welcher den Kindern, als Theilhabern an der fortge-

Digitized by Google

setzten Gütergemeinschaft gebührt, bildet, und ihnen schon mit dem Tode des Erstverstorbenen ihrer Eltern, als Miteigenthümern zugefallen ist, bezogen werden. Derselbe kann nur auf den Pflichttheil im Sinne des Allg. Landrechts Thl. II. Tit. 2. §§. 391. ff. 432—442. Anwendung finden und läßt um so weniger auf den vorliegenden Fall, wo der Schichttheil gegen die Verfügung durch Vermögens-Uebertragung unter Lebenden gefordert wird, eine Anwendung zu (vergl. Entscheidungen Bd. 55. S. 98.). Daß übrigens der Vertrag vom 28. Mai 1857, obgleich derselbe als ein Kaufcontract zwischen der Wittwe Anton D. und ihrem Sohne bezeichnet worden ist, in der That die Verfügung über den Inbegriff des gemeinschaftlichen Vermögens darstellt, ist bereits vom ersten Richter mit Recht angenommen, da derselbe das gesammte Grund- und Mobiliarvermögen umfaßt, und die Ausnahme des Bettes und Koffers hierin nichts ändern kann. Auf ihn findet daher sowohl die Declaration vom 26. März 1861, als auch der Anhang §. 19. zu §. 646. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. Anwendung, nach welchem der Verklagte als Uebernehmer des Vermögens, dem Kläger für den Schichttheil verhaftet ist.

Sodann muß aber, was die weitere Frage in Ansehung der Transmission des Theilnahmerechts der Ehefrau des Klägers, bezüglich des nach ihr gestorbenen Kindes an der Gütergemeinschaftsmasse auf den Kläger als Ehemann resp. Vater betrifft, nach den Grundsätzen des Condominial-Prinzips nach welchem der Ehefrau des Klägers mit dem Tode ihres Vaters bereits ein Miterbrecht und Miteigenthum an dieser gemeinschaftlichen Masse anheimgefallen war, in Ermangelung eines speciellen hierauf bezüglichen abweichenden Gewohnheitsrechts im Sinne der Verordnung vom 8. Januar 1816, angenommen werden, daß dieses bereits erworbene Recht, nach

Digitized by Google

allgemeinen Rechtsgrundsätzen, auf den Kläger, als den gesetzlichen Rechtsnachfolger seiner Ehefrau und ihres Kindes übergegangen sei, wie dies auch in dem erwähnten Plenarbericht von 1844 und in späteren Urteln des Ober-Tribunals, namentlich in dem Urtel vom 12. December 1859 (Entscheidungen Bd. 42. S. 238.), auf dessen Gründe hier Bezug genommen werden kann, angenommen worden ist. Es mag auch noch bemerkt werden, daß in dem Gesetze vom 16. April 1860 §. 16. diese Frage für die neu einzugehenden Ehen in gleichem Sinne entschieden worden ist.

Da beim Tode des Vaters, Anton D., drei Kinder vorhanden waren, so beträgt der auf den Kläger übergegangene Schichttheil seiner Ehefrau ein Sechstel des gütergemeinschaftlichen, dem Verklagten übertragenen Vermögens, d. h. in Folge der bei Bestimmung des Schichttheils geltenden Regel, ein Sechstel des Werths dieses Vermögens, worauf auch der Antrag des Klägers gerichtet ist. Die Declaration vom 26. März 1861 enthält zwar keine Bestimmung darüber, nach welchem Zustande und Werth des Vermögens der Schichttheil bei der Vermögensübertragung unter Lebenden zu bestimmen sei. In Erwägung jedoch, daß diese Uebertragung, als eine gänzliche Auflösung der Gütergemeinschaft und ihrer eigentlichen Bedeutung nach, an die Stelle der Schichtung tritt, so ist auch nach der Intention der Declaration anzunehmen, daß sich bei ihr der Zustand und Werth des Vermögens nach der Zeit der Vermögensübertragung bestimmt. Daher ist der Antrag des Klägers auf Zahlung von einem Sechstel des (in Ermangelung einer Einigung durch Taxe zu bestimmenden) Werthes des dem Verklagten durch den Vertrag vom 28. Mai 1857 übertragenen Vermögens und, zufolge des §. 7. Tit. 46. und §. 28. Tit. 22. Prozeß-Ordnung, auch auf Legung eines eidlich zu bestärken-

Digitized by Google

den Inventars über dieses Vermögen Seitens des Verklagten gerechtfertigt.

Dagegen ist die Forderung von einem Sechstel der seit dem 28. Mai 1857 gezogenen und bei wirthschaftlicher Verwaltung zu ziehen gewesenen Nutzungen, über welche der Verklagte nach dem Klageantrage Rechnung legen soll, nicht begründet; er könnte dies nur und zwar auch dann nur bezüglich der seit dem Tode der Wittwe D., die bis dahin den Genuß des Vermögens hatte, gezogenen Nutzungen sein, wenn der ganze Vertrag wegen Dispositionsunfähigkeit der Wittwe ungültig wäre. Zufolge der Declaration vom 26. März 1861 ist er dies aber nicht; dieselbe hält den Kindern nur den Schichttheil bevor, welcher in dem halben Taxwerthe des gemeinschaftlichen Vermögens besteht. Dieser Antrag des Klägers ist daher nicht gerechtfertigt. Zinsen hat er, eben wegen dieser unrichtigen Anträge bezüglich der Nutzungen, nicht gefordert. Nach §. 58. Tit. 23. Prozeß-Ord. ist von Amtswegen darauf zu erkennen. Da aber die Autorin des Verklagten, die Wittwe D., an Stelle des lebenslänglichen Nießbrauchs die stipulirte Leibzucht bezog, und eine Interpellation seit ihrem Tode — dessen Zeitpunkt aus den Acten nicht weiter erhellet, als daß er nach der Angabe des Klägers in den letzten zwei Jahren vor Anstellung der Klage eingetreten sein soll — nicht einmal behauptet worden ist, so waren zufolge §. 71. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. dem Kläger Zinsen zu fünf Procent vom Tage der Insinuation dieser Klage, dem 7. Juni 1866, von dem Schlichttheil zuzusprechen.

Digitized by Google

№ 19.

Pommern. Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Ist in der, nach der Pommerschen Bauerordnung fortgesetzten Gütergemeinschaft, der überlebende Ehegatte zur Veräußerung der zum gütergemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Grundstücke ohne Zuziehung seiner Gütergemeinschafts-Genossen befugt?

Pommersche Bauerordnung vom 30. December 1764 Tit. IV. §. 2.

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 378.

Entscheidungen Bd. 58. S. 253.

Die obige Frage ist bereits durch das Bd. 58. S. 253. abgedruckte Erkenntniß verneint. Der nachstehende Rechtsfall wird hier mitgetheilt, weil in dem angefochtenen Appellations-Urtel die entgegengesetzte Rechtsansicht ausführlicher entwickelt ist und die darauf ergangene Entscheidung zur Ergänzung der früheren dient.

Der verstorbene Krüger B. zu M. hat mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft nach der Pommerschen Bauerordnung gelebt. Die hinterbliebene Ehefrau hat mit ihren Miterben, eilf Seitenverwandten, die Gütergemeinschaft fortgesetzt, und während dieser fortgesetzten Gemeinschaft das zur Gütergemeinschaftsmasse gehörige Kruggut zu M. nebst dem Inventarium, das sonstige Mobiliar, ihre Kleider und Wäsche an den Bauer T. für 4500 Thlr. und einen Altentheil mit-

Digitized by Google

telst gerichtlichen Vertrages vom 18. Januar 1865 verkauft. Vom Appellationsgericht zu Stettin ist im Beschwerdewege die Berichtigung des für die Erben in communione eingetragenen Besitztitels auf den Namen des Käufers angeordnet. Neun von den Miterben haben gegen die Wittwe B. und den Bauer T. dahin Klage erhoben:

den Kaufvertrag über das Kruggut für ungültig und die beiden Verklagten für schuldig zu erklären, das noch fortdauernde gütergemeinschaftliche Miteigenthum der Kläger an dem Kruggute nebst Inventarium anzuerkennen, auch den Mitverklagten T. zur Herausgabe des Guts nebst Inventarium an die Gütergemeinschaftsmasse zur verurtheilen.

Die Verklagten haben widersprochen. Das Kreisgericht zu Stettin hat die Kläger zur Zeit abgewiesen, weil, wenn schon die Wittwe B. zur Veräußerung des Kruggutes einseitig nicht befugt gewesen, doch die klagenden neun Erben ohne den Beitritt ihrer übrigen beiden Miterben zur Klage nicht legitimirt erschienen. Das Appellationsgericht zu Stettin hat dies Erkenntniß zuerst wegen Mangels der Activlegitimation der Kläger, und nachdem in der Nichtigkeits-Instanz dieser präjudicielle Entscheidungsgrund verworfen war, unter Bejahung der obigen Rechtsfrage, am 25. Februar 1867 bestätigt. Es hat ausgeführt, wie folgt.

Aus der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Eheleuten habe sich im deutschen Privatrecht in Folge der Neigung, die Gemeinschaft nach der durch den Tod des einen Ehegatten erfolgten Auflösung der Ehe fortbestehen zu lassen, um nicht durch eine sofortige Theilung die Familien- und Vermögensverhältnisse zu stören, das Rechtsinstitut der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern des Verstorbenen entwickelt, deren Wesen darin bestehe, daß die Gütergemeinschaftsmasse beider Ehegatten un-

Digitized by Google

getrennt bleibe, auf Gewinn und Verderb fortbestehe und durch die Person des überlebenden Ehegatten repräsentirt werde. Die Befugnisse des die Gütergemeinschaft mit den Kindern fortsetzenden überlebenden Ehegatten seien bei der großen Verschiedenheit der Particularrechte verschieden gewesen, indem demselben entweder nur der Nießbrauch und die Verwaltung, oder ein mehr oder weniger beschränktes Dispositionsrecht über das gütergemeinschaftliche Vermögen zugestanden sei. Dies sei der Rechtszustand zur Zeit der Emanation der Pommerschen Bauerordnung vom 30. December 1764 gewesen. Indem dieselbe in §. 2. Tit. IV. auf den bekannten Landesgebrauch, d. h. auf den damals geltenden Rechtszustand hinweise, ergebe sich zunächst aus einer Vergleichung beider:

1. daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft der Pommerschen Bauerordnung eine communio bonorum prorogata, im vorgedachten deutschrechtlichen Sinne sei,
2. daß die Bauerordnung das Rechtsinstitut noch weiter ausgedehnt habe, indem sie nicht bloß bei der Concurrenz mit Kindern, sondern auch mit Seitenverwandten des Verstorbenen die fortgesetzte Gütergemeinschaft anordne. (vergl. Präjudiz Nr. 2305.)

Diese Verhältnisse seien dem Allgemeinen Landrechte fremd; nach §. 654. Thl. II. Tit. 1. werde die Gütergemeinschaft unter den Eheleuten durch den Tod des Einen von ihnen geendigt und das zwischen dem überlebenden und den Erben des verstorbenen bis zur Auseinandersetzung fortbestehende Verhältniß habe die Natur einer zufälligen Gemeinschaft. Daraus folge, daß die landrechtlichen Bestimmungen, insbesondere §§. 653. seq. Thl. II. Tit. 1. für die nach der Pommerschen Bauerordnung fortgesetzte Gütergemeinschaft und die Dispositionsbefugnisse des überlebenden Ehegatten in derse-

Digitized by Google

den nicht maßgebend seien. Diese Befugnisse seien in der Bauerordnung nicht klar ausgesprochen. Unbezweifelt sei das Recht des überlebenden Ehegatten, über die Substanz des beweglichen gütergemeinschaftlichen Vermögens unbeschränkt und ohne Zuziehung der Gütergemeinschafts-Genossen zu disponiren. Dagegen seien darüber Zweifel angeregt, ob dieselbe Befugniß ihm auch bezüglich des unbeweglichen Vermögens (bei Veräußerung und Verpfändung von Grundstücken) zustehe. Die Nothwendigkeit der Zuziehung der Gütergemeinschafts-Genossen lasse sich aus dem Rechtsinstitut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht herleiten, weil sonst diese Zuziehung bei jeder Disposition des überlebenden Ehegatten eintreten müsse, was doch nicht der Fall sei. Ebenso wenig folge jene Nothwendigkeit daraus, daß bei den während der Ehe stattfindenden Veräußerungen von Grundstücken beide in Gütergemeinschaft lebende Eheleute mitwirken müßten, da dies nur so lange gelte, als die Ehe bestehe. Es bleibe daher die streitige Befugniß des überlebenden Ehegatten nur aus dem Wortlaute der Bauerordnung in §. 2. Tit. IV unter Berücksichtigung der zur Zeit ihrer Emanation geltenden deutschen Rechtsanschauung zu erklären. Die Bauerordnung spreche in den Worten:

„wobei aber dennoch der überlebende Ehegatte in Gütergemeinschaft auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verderb sitzen bleibt"

den Satz aus, „daß der überlebende Ehegatte die beiden Plätze, welche während der Ehe bezüglich des gemeinschaftlichen Vermögens von beiden Eheleuten eingenommen würden, nach dem Tode des anderen Ehegatten allein einnehmen solle", oder mit anderen Worten, „daß die Rechte, welche beiden Ehegatten während der Ehe in Bezug auf das gemeinschaftliche Vermögen zugestanden, sich nach dem Tode des einen in der

Digitized by Google

Person des überlebenden concentriren, folglich diesem nun allein zustehen sollten."

Erwäge man nun, daß die Bauerordnung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen und ob der Mann oder die Frau der überlebende Theil sei, nicht unterscheide, daß dieselbe keine Vorschriften über die Zuziehung der Gütergemeinschafts-Genossen bei Dispositionen des überlebenden Ehegatten enthalte, dem letzteren keinerlei Beschränkungen auflege, daß nach der Bauerordnung — abweichend von anderen Rechten — das nach Trennung der Ehe von dem überlebenden Ehegatten erworbene Vermögen in die gemeinschaftliche Masse falle, daß endlich die Bauerordnung durch die Ausdehnung des Rechtsinstituts auf den Fall der Concurrenz mit Seitenverwandten des Verstorbenen über die sowohl bei den Lehrern des gemeinen deutschen Rechts herrschende, als in anderen Particularrechten adoptirte Rechtsanschauung hinausgegangen sei, so müsse die vorliegende Frage in Uebereinstimmung mit der langjährigen Praxis des Appellationsgerichts dahin entschieden werden, daß die Verklagte als überlebende Ehefrau berechtigt gewesen, allein und ohne Zuziehung ihrer Gütergemeinschafts-Genossen das zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörige Kruggut an den Mitverklagten zu verkaufen Die Kläger hätten daher völlig, nicht bloß zur Zeit, mit ihren Anträgen abgewiesen werden müssen, indessen habe es bei der erkannten zeitweisen Abweisung, wobei die Verklagten sich beruhigt, sein Bewenden."

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger, welche Verletzung der §§. 653. 654. Thl. II. Tit. 1., §§. 4. 10. Thl. I. Tit. 17. A. L. R. und des §. 2. Tit. IV. der Pommerschen Bauerordnung, sowie eines die aufgestellte Frage verneinenden Rechtsgrundsatzes rügt, hat der dritte Senat des Ober-Tribunals das Appellations-Erkenntniß am 21. October 1867

Digitized by Google

vernichtet und das Erkenntniß erster Instanz dahin abgeändert, daß der Kaufvertrag über das Kruggut für ungültig zu erklären und die Verklagten schuldig, das noch fortdauernde gütergemeinschaftliche Miteigenthum der Kläger an dem Kruggute nebst Inventarium anzuerkennen, dagegen bezüglich der zeitigen Abweisung mit dem Antrage auf Herausgabe des Krugguts nebst Inventarium zur Gütergemeinschaftsmasse bestätigt. Die

Gründe

lauten:

Dem Appellationsrichter ist darin beizutreten, daß die Gütergemeinschaft, welche nach der Pommerschen Bauerordnung vom 30. December 1764 (Tit. IV. §. 2.) der überlebende Ehegatte nicht bloß mit den Kindern, sondern auch mit den Seitenverwandten des verstorbenen Ehegatten, als dessen Erben fortzusetzen berechtigt ist, bis er zu einer anderen Ehe schreitet — vergl. Präjudiz Nr. 2305. Samml. II. S. 114. — wesentlich verschieden ist von der Gemeinschaft, welche nach den Vorschriften des Allg. Landrechts in §§. 634. ff. Thl. II. Tit. 1. zwischen dem überlebenden Ehegatten und seinen Miterben bis zur wirklichen Auseinandersetzung fortbesteht.

Nach der Pommerschen Bauerordnung wird die Gütergemeinschaft durch den Tod des einen Ehegatten nicht aufgelöst, der überlebende Ehegatte bleibt in Gemeinschaft der Güter auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verderb sitzen, es mögen Kinder vorhanden sein oder nicht, bis er zu einer andern Ehe schreitet. Er legt keine Rechnung über seine Verwaltung, und dem gemeinschaftlichen Vermögen wächst auch das zu, was der überlebende Ehegatte durch Glücksfälle oder sonst erwirbt. — vergl. Motive zum Entwurf des pommerschen Provinzialrechts S. 96. — Vergleicht man hiermit die

Digitized by Google

Vorschriften in den §§. 634. 653. 656. 645. 657. 658. Thl. II. Tit. 1. und 410. Thl. II. Tit. 18. des A. L. R., so tritt eine principielle Verschiedenheit der beiden Systeme in dieser Materie hervor, weshalb es unstatthaft ist, die Dispositionsbefugnisse des überlebenden Ehegatten während der nach der Pommerschen Bauerordnung fortgesetzten Gütergemeinschaft nach den landrechtlichen Bestimmungen in §. 634. ff. Thl. II. Tit. 1., beziehungsweise nach Tit. 17. Thl. I. zu beurtheilen, und dem Appellationsrichter von der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, daß er die §§. 653. und 654. Thl. II. Tit. 1., §§. 4. und 10. Thl. I. Tit. 17. durch Nichtanwendung verletzt habe.

Dagegen läßt sich mit dem Appellationsrichter weder aus dem Wortlaut des §. 2. Tit. IV. der Bauerordnung, noch aus dem Wesen der fortgesetzten Gütergemeinschaft und der deutschen Rechtsanschauung von ihr der Grundsatz herleiten, daß der überlebende Ehegatte allein, und ohne Zuziehung seiner Gütergemeinschafts-Genossen über die zur gemeinschaftlichen Vermögensmasse gehörigen Grundstücke durch Veräußerung zu verfügen berechtigt sei.

Das Gegentheil ist bereits in der Prozeßsache der Zimmergesell Sch.'schen Eheleute wider den Kossäthen B. durch das diesseitige Erkenntniß vom 21. Juni 1867 ausgesprochen und muß hier festgehalten werden.

Der Appellationsrichter findet in den Worten der Bauerordnung:

„wobei aber dennoch der überlebende Ehegatte in Gütergemeinschaft auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verderb sitzen bleibt, bis er zur andern Ehe schreitet."

den Satz enthalten, daß der überlebende Ehegatte die beiden Plätze, welche während bestehender Ehe bezüglich des gütergemeinschaftlichen Vermögens von beiden Eheleuten einge-

Digitized by Google

nommen wurden, nach dem Tode des anderen Ehegatten allein einnehmen solle, oder mit anderen Worten, daß die Rechte, welche beiden Ehegatten während der Ehe in Bezug auf das gütergemeinschaftliche Vermögen zustanden, nach dem Tode des einen von ihnen in der Person des überlebenden sich vereinen, folglich diesem nunmehr allein zustehen sollen. Er huldigt hiebei — wie dies noch deutlicher in der an das Kreisgericht zu Stettin erlassenen Verfügung vom 13. December 1864 ausgesprochen ist — der Consolidationstheorie, nach welcher die eheliche Gütergemeinschaft auf einem Gesammteigenthume (condominium in solidum) beruht und bei dem Tode des einen Ehegatten das ganze Gesammtvermögen in dem überlebenden Ehegatten sich vereint, in diesem seinen alleinigen Repräsentanten und Eigenthümer behält. Diese Consolidationstheorie ist indessen von der Wissenschaft verworfen und ebenso unhaltbar die Vorstellung des Ehepaars als einer moralischen Person, von welcher Runde in seinem deutschen Privatrecht in den vom Appellationsrichter citirten §§. 607. und 608a. ausgeht. — Vergl. das Gutachten des Ober-Tribunals in der Beilage zu Nr. 33. des Justiz-Ministerial-Blattes pro 1844 S. 3. —

Das Consolidationsprinzip kann nur da zur Geltung kommen, wo dasselbe, oder die aus ihm hergeleiteten Grundsätze, in Particularrechte oder Statute übergegangen sind. Dies ist bei der Pommerschen Bauerordnung nicht der Fall. Sie enthält keine Bestimmung, welche aus jenem Prinzip ihre Erklärung fände. Vielmehr soll nach §. 2. Tit. IV. der überlebende Ehegatte nur die Hälfte des Vermögens haben, die andere Hälfte den Kindern zu gleichen Theilen, und wenn keine Kinder vorhanden, den nächsten Freunden des Verstorbenen zufallen. Die Kinder, beziehungsweise Verwandten, sind hiernach Miterben und Theilnehmer an der

Digitized by Google

Proprietät, ihre Rechte nur durch die Fortdauer der Gütergemeinschaft mit dem überlebenden Ehegatten vorübergehend eingeschränkt. Zudem wird durch die dem überlebenden Ehegatten auferlegte Verpflichtung, vier Wochen nach dem Todesfall ein Inventar zu errichten, für die Feststellung des Vermögenszustandes Fürsorge getroffen. Die Consolidationstheorie hat hiernach in Betreff des Eigenthums an dem gemeinschaftlichen Vermögen keine Aufnahme in die Bauerordnung gefunden, und es ist nicht abzusehen, warum sie in einem beschränkten Umfange, in Bezug auf die Dispositionsrechte der Ehegatten, zur Anwendung gelangen soll. Der Ausdruck: „sitzen bleibt", den der Appellationsrichter betont, hat nicht die ihm gegebene Bedeutung. Er bezeichnet einfach die Fortdauer des in der Ehe bestandenen Rechtszustandes. Von einem Ehegatten, der in der Ehe in Gütergemeinschaft gelebt hat und nach Auflösung der Ehe durch den Tod die Gütergemeinschaft fortzusetzen berechtigt ist, läßt sich völlig zutreffend sagen, daß er in der Gütergemeinschaft sitzen bleibt, es ist dadurch aber nicht angedeutet, daß er nun zugleich die Stelle des Verstorbenen einnehme, dessen Rechte mit den seinigen in seiner Person vereine. Die Momente, auf welche der Appellationsrichter ferner Gewicht legt, daß nämlich die Bauerordnung das Rechtsverhältniß der fortgesetzten Gütergemeinschaft auch bei der Concurrenz mit Seitenverwandten eintreten läßt und hierin über die Rechtsanschauung der Rechtslehrer und vieler Particularrechte hinausgegangen ist, daß sie nicht unterscheidet, ob der Mann oder die Frau der Ueberlebende ist, daß das noch Auflösung der Ehe von dem überlebenden Ehegatten erworbene Vermögen in die gemeinschaftliche Masse fällt, sind für die vorliegende Frage ohne Bedeutung. Entscheidend ist für diese Frage auch nicht, daß die Bauerordnung über die Zuziehung der Gütergemeinschafts-

Digitized by Google

Genossen keine Vorschriften enthält, dem überlebenden Ehegatten keine Beschränkungen auflegt, zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen keinen Unterschied macht. Denn die Bauerordnung enthält auch über die Dispositionsbefugnisse des Ehemannes *während des Bestehens der ehelichen Gütergemeinschaft* keine Bestimmung. Es kann daher nicht auffallen, daß sie für die fortgesetzte Gütergemeinschaft Beschränkungen und Unterscheidungen nicht verordnet. Trotz des Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift erkennt der Appellationsrichter an, daß bei den während der Ehe stattfindenden Veräußerungen und Verpfändungen von Grundstücken beide in Gütergemeinschaft lebende Eheleute mitwirken müssen, und in den Motiven zum Entwurf des pommerschen Provinzialrechts wird S. 94. bezeugt, daß die Befugnisse, welche dem Ehemann in Bezug auf Verwaltung, Verschuldung und Veräußerung des gütergemeinschaftlichen Vermögens nach §. 377. ff. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. zustehen, im Wesentlichen übereinstimmen mit dem, was dieserhalb in den Städten und auf dem platten Lande in Pommern immer schon Recht gewesen ist. Consequent kann er deshalb aus dem Mangel einer Vorschrift über die Befugnisse des überlebenden Ehegatten in der fortgesetzten Gütergemeinschaft kein unbeschränktes Dispositionsrecht für den überlebenden Ehegatten herleiten. Der Hinweis auf den bekannten Landesgebrauch berechtigt um so weniger zu der Annahme eines völlig unbeschränkten Dispositionsrechts, als der Appellationsrichter anerkennt, wie verschieden zur Zeit der Emanation der Bauerordnung die Anschauungen und die daraus hervorgegangenen particularrechtlichen Bestimmungen über die Dispositionsbefugniß des überlebenden Ehegatten in der fortgesetzten Gütergemeinschaft gewesen sind, und als, wie oben gezeigt ist, die Consolida-

Digitized by Google

tionstheorie mit ihren Consequenzen in der Bauerordnung erweislich nicht zur Geltung gekommen ist.

Die Lösung der Streitfrage ist, in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift der Bauerordnung, in dem Wesen des Rechtsinstituts und seiner Entwickelung aus der ehelichen Gütergemeinschaft zu suchen. Die eheliche Gütergemeinschaft beruht in der, der deutschen Ehe vorzugsweise eigenthümlichen vollständigen Lebensgemeinschaft, verbunden mit der Vogtschaft des Mannes. Die Neigung, das Familienverhältniß nicht sofort durch eine Theilung des Vermögens bei dem Tode des einen Ehegatten zu stören, führte zu der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Sie ist, wie schon ihr Name andeutet, eine Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft, erzeugt ein der letzteren ähnliches Verhältniß, indem die bisherige Vereinigung der Güter unter der Vogtschaft des Mannes nunmehr zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Verwandten — meistens sogar nur den Kindern — als Erben des Verstorbenen fortbesteht. In dieser fortdauernden Gütergemeinschaft behält der überlebende Ehemann die Rechte, die ihm in der ehelichen Gütergemeinschaft zustanden; ist die Frau die überlebende, so geht die Verfügungsgewalt, die sie nach einzelnen Particularrechten bei Behinderung des Mannes schon während der Ehe auszuüben hatte, auf sie über, doch nicht in größerem Umfange, nicht mit ausgedehnteren Berechtigungen. Der Ueberlebende repräsentirt nicht beide Ehegatten, vereinigt nicht beider Rechte in sich, sondern behält oder überkommt die Verfügungsgewalt des Hausherrn. Treffend sagt Christ. Ludwig Runde in seinem deutschen ehelichen Güterrecht §. 114.:

der parens superstes sitzt mit den Kindern in materiell vereinigten Gütern und übt darüber eben das Verfügungs-

Digitized by Google

recht nicht blos in Beziehung auf Dritte, sondern auch in Rücksicht auf die Kinder aus, welches dem Manne in der Ehe über das in Gütergemeinschaft gestandene Sammtgut zukam.

Es widerstrebt, dem überlebenden Ehegatten in der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgedehntere Rechte einzuräumen, als dem Ehemann in der vorausgegangenen ehelichen Gütergemeinschaft zukamen und die Bauerordnung bietet keinen Anhalt für eine solche Anomalie. Da aber die Verfügungsrechte des Ehemannes in der ehelichen Gütergemeinschaft, bezüglich der Immobilien, beim Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift der Bauerordnung, zufolge §. 360. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. nach §. 378. ibd. sich regeln, so ergiebt sich für den Bereich der Pommerschen Bauerordnung, daß der überlebende Ehegatte, sei es der Mann oder die Frau, während der mit den Miterben des verstorbenen Ehegatten fortgesetzten Gütergemeinschaft die zur Gütergemeinschaft gehörigen Grundstücke ohne Zustimmung der Miterben zu veräußern nicht befugt ist.

Indem der Appellationsrichter, freilich unter Berufung auf seine langjährige Praxis, aber im Widerspruch mit der vom ersten Richter bezeugten Praxis der Kreisgerichte zu Stettin und Cöslin, und ohne ein desfallsiges provinzielles Gewohnheitsrecht zu behaupten, das Gegentheil annimmt, verletzt er den obigen Rechtsgrundsatz, der übrigens in dem nach sorgfältiger und umfassender Erörterung des bestehenden Rechtszustandes abgefaßten revidirten Entwurfe des pommerschen Provinzialrechts (§. 276.) volle Anerkennung gefunden hat, sowie den §. 2. Tit. IV. der Bauerordnung, und seine Entscheidung unterliegt deshalb der Vernichtung.

In der Sache selbst folgt aus der Anwendung des oben

Digitized by Google

entwickelten Grundsatzes, daß der von der Mitverklagten, Wittwe B., einseitig, ohne Zuziehung der Kläger, als Miterben ihres verstorbenen Ehemannes, mit dem Mitverklagten T. am 18. Januar 1865 abgeschlossene Kaufvertrag über das Kruggut sammt dem beim Verkaufe dazu gehörig gewesenen Inventarium, das nach §. 105. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. dem Schicksale des Gutes, der Hauptsache, folgt, ungültig ist, Kläger als Miteigenthümer anzuerkennen sind. Bezüglich der hierauf gerichteten Anträge muß daher das erste Erkenntniß, der Beschwerde der Kläger gemäß, abgeändert werden. Dagegen ist das Verlangen der Kläger, den Verklagten T. zu verurtheilen, das Grundstück nebst Inventarium zur Gütergemeinschaftsmasse herauszugeben, zur Zeit nicht begründet und in soweit das erste Urtel zu bestätigen. Denn so lange die Wittwe B. lebt und nicht zur zweiten Ehe schreitet, gebührt ihr und nicht den Klägern der Besitz, die Verwaltung und Nutzung der Gütergemeinschaftsmasse und es greifen die Kläger mit ihrem Anspruche auf Herausgabe des Grundstücks in diese Rechte der Wittwe B. ein. Der Mitverklagte T. hat zwar nicht Eigenthum an dem Grundstücke erworben, die Kläger sind aber vor Auflösung der Gütergemeinschaft nicht berechtigt, ihm wider den Willen der Wittwe B. den Besitz zu entziehen.

Uebrigens erledigt sich die Ausführung der Imploraten, daß die Kläger nicht befugt seien, die im Vertrage vom 18. Januar 1865 enthaltene Veräußerung des Mobiliars anzufechten, dadurch von selbst, daß das von der Wittwe B. neben dem Grundstücke und dessen Inventar verkaufte Mobiliar gar nicht Gegenstand des Rechtsstreits, die Gültigkeit des Kaufvertrages in dieser Beziehung nicht in Frage gestellt ist.

Digitized by Google.

№ 20.

Vermögens-Auseinandersetzung geschiedener Ehegatten. Bedingte und bloß eventuelle Rechte auf die Lebensdauer des schuldigen Theils.

Kommen bei der Auseinandersetzung geschiedener Ehegatten, Behufs Ermittelung und Feststellung desjenigen Vermögens des schuldigen Theils, von welchem dem Unschuldigen ein Viertel, bezüglich ein Sechstel, als Abfindung und Ehescheidungsstrafe gebührt, suspensiv bedingte, bloß eventuelle Ansprüche des Schuldigen auf künftige Hebungen, auch dann mit in Betracht, wenn dieselben dem Berechtigten nur auf seine Lebenszeit zustehen?

A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §§. 161. und 162., Thl. II. §§. 783. und 784.

Die obige Frage ist in der Sache des Particuliers v. St. wider seine geschiedene Ehefrau streitig geworden und in dem Erkenntnisse des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 29. November 1867, durch welches das Appellations-Urtel des Ostpreußischen Tribunals zu Königsberg vom 28.

Digitized by Google

Juni 1867 vernichtet, und das Erkenntniß des dortigen Stadtgerichts vom 16. Januar 1867 auf die von dem Verklagten dagegen eingelegte Appellation, dahin abgeändert ist, daß die Klägerin mit ihrem Antrage abzuweisen, näher erörtert. Die desfallsigen

Gründe,

in denen zugleich das Sachverhältniß insofern es zum Verständnisse nöthig erscheint, mitgetheilt ist, lauten also:

Von denjenigen 20,000 Thalern, rückständigen Kaufgeldern, welche aus dem Erbauseinandersetzungs-Recesse vom 17. April 1860 zunächst für die Baronin v. d. G., geborene v. St. auf P., Rubr. III. Nr. 15. jedoch mit dem Bemerken eingetragen sind, daß das Capital im Falle der Baron v. St. — der Verklagte — Leibeserben hinterläßt, diesen zufällt, gebühren die Zinsen zu fünf Procent zunächst:

a. der Mutter des Verklagten, der Gutsbesitzerfrau Zoreide G. geborenen v. B. auf deren Lebenszeit;
b. stirbt dieselbe vor dem 1. August 1870 und lebt alsdann noch deren Ehemann, der Gutsbesitzer Wilhelm G., so soll dieser Letztere jene Zinsen auf Lebenszeit, jedoch höchstens bis zum 1. August 1870 beziehen;
c. nach dieser Zeit, d. h. nach dem 1. August 1870, oder wenn auch der Wilhelm G. etwa schon vorher mit Tode abgegangen sein sollte, stehen die mehr erwähnten Zinsen unverkürzt dem Baron Alexander v. St., dem Verklagten, auf Lebenszeit zu, an welchen
d. der Gutsbesitzer Wilhelm G. endlich für die Dauer seines persönlichen Zinsengenusses — zu b — einen jährlichen Betrag von 400 Thlr. zahlen muß.

Die Ehe der Parteien ist durch das rechtskräftige Erkenntniß des Stadtgerichts zu Königsberg vom 28. Juni

Digitized by Google

1864 geschieden, der Verklagte ist für den allein schuldigen Theil erklärt, und der Klägerin das Recht zuerkannt, nach ihrer Wahl entweder den vierten Theil des Vermögens des Beklagten oder standesgemäße Verpflegung als Abfindung zu verlangen; zugleich ist auch bestimmt, daß die Vermögensauseinandersetzung zwischen den Parteien nach den bei nicht obgewalteter Gütergemeinschaft geltenden Grundsätzen zu bewirken. Diese Vermögensauseinandersetzung, bei welcher die Klägerin den vierten Theil des Vermögens des Verklagten verlangt hat, ist im Uebrigen zur Zufriedenheit der Interessenten bewirkt, und der Klägerin der ihr als Abfindung und Ehescheidungsstrafe zugesprochene vierte Theil von dem Vermögen des Beklagten ausgeschieden und überwiesen. Streitig ist allein die Frage:

ob bei dieser Vermögensauseinandersetzung Behufs Ermittelung und Feststellung desjenigen Vermögens des Beklagten, von welchem der Klägerin judicatmäßig der vierte Theil gebührt, auch der oben zu c und d gedachte bedingte und eventuelle Anspruch des Verklagten auf die Zinsen von den erwähnten 20,000 Thlr., bezüglich auf einen jährlichen Zinsenbetrag von 400 Thlr., mit in Betracht kommt?

wenngleich sowohl die Mutter des Verklagten, die Gutsbesitzerfrau Zoraide G., geborne v. B., als auch deren Ehemann, der Gutsbesitzer Wilhelm G., noch gegenwärtig leben.

Das Stadtgericht zu Königsberg, sowie das ostpreußische Tribunal daselbst, haben in ihren gleichlautenden Erkenntnissen, vom 17. Januar resp. vom 28. Juni 1867 die obige Frage zu Gunsten der Klägerin bejaht, und den Verklagten daher für schuldig erachtet, anzuerkennen, daß das von ihm ausbedungene und im Hypothekenbuche von P. auf Grund des Vertrages vom 14. April 1860 Rubr. III. Nr. 15. für ihn eingetragene lebenslängliche Nießbrauchsrecht an

Digitized by Google

den zu fünf Procent verzinslichen, dort für die Baronin Emma v. d. G., geborne v. St., ingrossirten 20,000 Thlr. mit den darauf für seine Mutter und seinen Stiefvater G. haftenden Beschränkungen, bei Berechnung der der Klägerin zustehenden Ehescheidungsstrafe als ein Theil seines Vermögens in Betracht zu ziehen, und zum vierten Theile der Klägerin zu übereignen.

Gegen das Appellations-Urtel hat der Verklagte nunmehr noch die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt; er wirft dem zweiten Richter vor: derselbe verletze

die §§. 751. 767. 783—785. 787. Thl. II. Tit. 1, den §. 33. Thl. I. Tit. 2., die §§. 101. und 102. Thl. I Tit. 4., den §. 5. Thl. I. Tit. 14., den §. 14. Thl. I. Tit. 20. und den §. 110. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R., sowie den §. 19. Anhang zum A. L. R.

durch unpassende, bezüglich durch Nichtanwendung, und seine Beschwerde erscheint, wenigstens der Hauptsache nach, auch begründet.

Allerdings kennt das A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 101. ff. einen Nießbrauch von Capitalien, und es mag dahingestellt bleiben: ob der eventuelle Anspruch des Verklagten auf die gesammten fünf procentigen Zinsen von den mehrgedachten 20,000 Thlr. — zu c. — als ein eigentliches Nießbrauchsrecht im Sinne und nach der Begriffsbestimmung des §. 22. ebendas. aufzufassen und anzusehen sein möchte, und ob schon deshalb, wie der Implorant, unter Hinweisung auf §. 110. ebendas. meint, eine theilweise Abtretung dieses Nießbrauchsrechts von Seiten des Verklagten, als Nießbrauchers, an die Klägerin gesetzlich unstatthaft sein dürfte. Jedenfalls können diejenigen 400 Thlr., die sein Stiefvater, der Gutsbesitzer Wilhelm G., für die Dauer seines persönlichen Zinsengenusses jährlich an den Verklagten zu zahlen

Digitized by Google

hat, — zu d — unter den Begriff eines Nießbrauchsrechts des Letzteren nicht subsumirt werden, und insofern kann mithin von einer Anwendung des §. 110. l. c. immer keine Rede sein. Daß im Allgemeinen auch bedingte Rechte und insbesondere auch ein bedingter Nießbrauch zum Vermögen des Berechtigten gehören, giebt die Nichtigkeitsbeschwerde selbst zu, und dem Appellationsrichter ist auch darin beizupflichten, daß auch wegen des künftigen Anfalls eines Rechts unter Umständen Sicherheit gefordert und Hypothek bestellt werden kann; damit ist indessen für die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage, und über den vorliegenden Specialfall noch nichts entschieden.

Eine Ehe wird nicht bloß durch den Tod des einen Ehegatten getrennt, sondern sie kann auch durch richterlichen Ausspruch geschieden werden. — §. 668. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. Ueber die Auseinandersetzung zwischen dem Ueberlebenden und den Erben des Verstorbenen verbreiten sich die §§. 438. ff. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R.; aber auch, wenn die Ehe durch richterlichen Ausspruch geschieden ist, müssen die gewesenen Eheleute wegen ihres Vermögens auseinandergesetzt werden. — §. 743. ebendas. — Dabei unterscheidet das Gesetz, ob bei dem Scheidungsprocesse kein Uebergewicht der Schuld des einen Ehegatten ausgemittelt, — §. 751. — oder ob der eine Ehegatte für den schuldigen Theil erklärt worden, — §. 766. — und in beiden Fällen wieder weiter: ob unter den Eheleuten Gemeinschaft der Güter obgewaltet, oder ob dieselben nicht in Gütergemeinschaft gelebt haben. §§. 751. 755. 766. 811.

Hier steht nun durch das Scheidungsurtel vom 28. Juni 1864 rechtskräftig fest:

1. daß die Vermögensauseinandersetzung zwischen den Par-

Digitized by Google

teien nach den bei nicht obgewalteter Gütergemeinschaft geltenden Grundsätzen zu bewirken sei, und

2. daß der Verklagte für den allein schuldigen Theil erklärt worden ist.

Unter diesen Voraussetzungen soll die Auseinandersetzung wegen des Vermögens überall nach den bei der Trennung der Ehe durch den Tod vorgeschriebenen Grundsätzen erfolgen und dabei alle Begünstigungen, welche das Gesetz dem überlebenden Ehegatten beilegt, der Unschuldige genießen. — §§ 766. 767. — Wenn nun nach den betreffenden Vorschriften das Vermögen der beiden geschiedenen Eheleute von einander abgesondert worden, so ist der schuldige Ehegatte den unschuldigen wegen der künftigen Erbfolge aus seinem Vermögen abzufinden verbunden, — §. 783 — und, um diese Vorschrift ausführbar zu machen, d. h. um eine Abfindung wegen der künftigen Erbfolge, also wegen eines seinem Umfange nach noch ganz ungewissen Vermögens-Inbegriffs, §. 34. Thl. I. Tit. 2., §. 350. f. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R., schon jetzt zu ermöglichen, fügt nun der §. 784. im unmittelbaren Anschlusse an jene Vorschrift — §. 783. — sofort erläuternd und näher bestimmend hinzu:

> Es wird alsdann angenommen, als ob der schuldige Theil an dem Tage des publicirten und rechtskräftig gewordenen Scheidungsurtels gestorben wäre.

Damit ist unverkennbar der leitende Grundsatz aufgestellt, es solle die gedachte Abfindung des Unschuldigen nach dem Vermögen des schuldigen Ehegatten zur Zeit des publicirten und rechtskräftig gewordenen Scheidungsurtels erfolgen, sie solle also nach dem Zustande berechnet werden, in welchem sich das Vermögen des Schuldigen an jenem Tage befindet; dieser Tag soll als dessen Todestag fingirt, und hiernach die zu theilende angebliche Erbmasse constituirt werden. Wendet

Digitized by Google

man diese Vorschriften auf den vorliegenden Fall an, so ergiebt sich daraus und für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites soviel, daß der Klägerin als Abfindung und Ehescheidungsstrafe der vierte Theil von dem Vermögen des Beklagten gebührt, welches er am 28. Juni 1864 besaß. Damals bezog er von den mehrgedachten 20,000 Thlr. rückständigen Kaufgeldes Zinsen überhaupt noch nicht; ja ihm gebühren dergleichen auch jetzt noch nicht, da seine Mutter, welcher solche lebenslänglich zustehen, noch gegenwärtig lebt. Ob Beklagter überhaupt später als diese mit Tode abgehen wird, steht noch dahin; es bleibt daher für jetzt ganz ungewiß, ob ihm jene Zinsen unverkürzt jemals zufallen, oder ob wenigstens die Verhältnisse eintreten werden, unter welchen ihm sein Stiefvater, der Gutsbesitzer Wilhelm G., contractlich jährlich den Betrag von 400 Thlr. zu zahlen hat.

Für den Anfangspunkt, sowie für das Ende des mehrerwähnten Zinsengenusses des Beklagten, kommt zunächst in Betracht, daß derselbe keineswegs als ein bloß zeitlich betagtes Recht anzusehen, sondern wirklich ein suspensiv bedingtes Recht, worüber in der That auch unter den Parteien kein Streit obwaltet, ist. Der Eintritt dieses Rechts, d. h. der Beginn des etwaigen Zinsengenusses des Beklagten, hängt von dem durchaus ungewissen Ereignisse ab, ob Letzterer seine Mutter dereinst überleben wird. §§. 100. 101. 163. ff.

Die streitigen Zinsen stehen ihm aber, wenn er auch künftighin wirklich einst in deren Genuß gelangen sollte, doch immer nur auf seine Lebenszeit zu, die Berechtigung ist daher an die Person des Beklagten gebunden, sie erlischt mit seinem Tode. Der in Rede stehende Zinsengenuß geht, wenigstens als ein von dem Capital abgesondertes selbstständiges Recht, niemals auf seine Erben in dieser Eigenschaft über.

Digitized by Google

— §. 102. der Einleitung, §. 360. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R.

Stirbt der Verklagte alsdann, so fallen die oft gedachten 20,000 Thlr., je nachdem er Leibeserben hinterläßt oder nicht, diesen, resp. seiner Schwester, der Baronin Emma v. d. G., gebornen v. St., und zwar als freies unbelastetes Capital anheim. Aber selbst im ersteren Falle beziehen die Leibeserben des Verklagten alsdann die Zinsen von jenen 20,000 Thlrn. keinesweges auf Grund eines besonderen Nießbrauchs und in ihrer gleichzeitigen Qualität als Erben des Verklagten, sondern lediglich vermöge ihres vollen Eigenthums an jenem Hypothekencapitale, also aus eigenem Rechte. §§. 9. 11. 12. Thl. I. Tit. 8. des A. L. R.

Auch nach dieser Richtung hin unterscheidet sich also der hier in Rede stehende eventuelle Zinsengenuß des Verklagten wesentlich und erheblich von einem gewöhnlichen bedingten Rechte; bei dem letzteren treten die Erben des Berechtigten auch in Ansehung der Befugniß, die Bedingung zu erfüllen, in dessen Rechte, §. 161. Thl. I. Tit. 4. des A. L. R., und es ist schon bei einer anderen Gelegenheit und zwar aus der Entstehungsgeschichte des §. 161 nachgewiesen, daß hinsichtlich dieser Vererblichkeit zwischen der eigentlichen Potestativ-Bedingung und der rein zufälligen Bedingung ein Unterschied weder beabsichtigt ist noch besteht. (Entscheidungen Band 27. S. 345—347.) Möchte daher für den Fall eines gewöhnlichen bedingten Rechtes die Annahme des Appellationsrichters vielleicht auch gerechtfertigt erscheinen, im vorliegenden besonderen Falle kann sie für zutreffend nicht erachtet werden.

Unmittelbar und ausdrücklich entscheidet nun das Gesetz die Frage: ob bei der Ermittelung des Vermögens des schuldigen Ehegatten Behufs der Berechnung und Feststellung der

Digitized by Google

aus demselben dem Unschuldigen zu entrichtenden Abfindung und Ehescheidungsstrafe, auch dergleichen künftige Anfälle, deren rechtlicher Grund, wie hier, freilich schon in der Vergangenheit liegt, mit in Betracht zu ziehen wären? zwar nicht und der Appellationsrichter will sie eben deshalb auf Grund der allegirten allgemeinen Vorschriften bejahen; es fehlt indessen doch nicht an Momenten, die darauf hindeuten, daß der Gesetzgeber dieselbe verneint wissen will.

Die Trennung des Ehebündnisses durch richterlichen Ausspruch erfolgt von dem Zeitpunkte an, da das Scheidungs-Urtel die Rechtskraft erlangt hat. — §. 731. — Dergleichen Urtel wirkt eine gänzliche Aufhebung der Ehe und aller ihrer Folgen in Ansehung beider Theile. — §. 732. — Wenn nun im weiteren Anschluß hieran der §. 743. ferner anordnet:

Nach getrennter Ehe müssen die gewesenen Eheleute wegen ihres Vermögens auseinandergesetzt werden,

so liegt es nach der Natur der Verhältnisse sehr nahe, anzunehmen, der Gesetzgeber habe damit eine vollständige und definitive Vermögensauseinandersetzung bezweckt und vor Augen gehabt, es sich aber nicht als möglich gedacht, daß dennoch der unschuldige Theil, vielleicht auf längere Zeit hinaus, an den Veränderungen in dem Vermögen des Schuldigen interessiren, insbesondere befugt sein sollte, nachträglich eine Erhöhung seiner ursprünglich ermittelten Abfindung und Ehescheidungsstrafe zu fordern, wenn dem Letzteren späterhin vielleicht neues Vermögen oder mehrere Zinsen anfallen sollten, möchte auch der rechtliche Grund dazu schon vor der Ehescheidung vorhanden, und nur, wie hier, dadurch suspensiv bedingt gewesen sein, daß der Verklagte seine Mutter überleben wird. Bestimmungen für einen solchen Fall enthält das Gesetz nicht, und es würde sich darüber gewiß näher

Digitized by Google

ausgesprochen haben, wenn eine derartige fortdauernde Gemeinschaft der geschiedenen Eheleute dennoch in seiner Absicht gelegen hätte. Dafür, daß bei Ermittelung und Feststellung der Abfindung und Ehescheidungsstrafe des unschuldigen Theils allein dasjenige Vermögen des Schuldigen, welches er bei der Ehescheidung schon besitzt, und auch nur in dem Zustande, in welchem es sich alsdann befindet, maaßgebend sein soll, spricht mittelbar auch der §. 803. a. a. O. Statt der Abfindung, welche nach den obigen Vorschriften dem unschuldigen Theile zukommt, kann die Frau standesmäßige Verpflegung bis an ihren Tod aus den Mitteln des schuldigen Mannes fordern. — §. 798. l. c. — Nachdem in den §§. 799—801. näher bestimmt worden: wie dieser standesmäßige Unterhalt zu bemessen, erklärt der §. 802. den Mann für verbunden, die der Frau zu reichenden Verpflegungsgelder aus seinem bereitesten Vermögen anzuweisen und zu versichern. An diese Vorschriften schließt sich sodann der §. 803. weiter dahin an:

> Bei verbesserten Vermögensumständen des Mannes kann zwar die Frau keine Erhöhung, wohl aber eine bessere Versicherung ihrer Verpflegungsgelder fordern.

Aus allen diesen verschiedenen Bestimmungen geht wenigstens so viel mit Gewißheit hervor, daß für die Ermittelung der dem unschuldigen Theile aus dem Vermögen des Schuldigen gebührenden Abfindung, oder Ehescheidungsstrafe, allein der Zustand maaßgebend sein soll, in welchem sich dies Vermögen zur Zeit der Ehescheidung befunden hat.

Der Gesetz-Revisor — Pens. XV. — wiederholt im §. 106. seines Entwurfs den allegirten §. 803. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. wörtlich und bemerkt dabei in den Motiven Seite 442: Der Referent in Breslau meint, daß bei verbesserten Vermögensumständen des schuldigen Theils

Digitized by Google

der unschuldige jederzeit auch Erhöhung nicht nur der Alimente, sondern sogar der Abfindungsquote sollte fordern können.

Diesem Vorschlage tritt der Gesetz-Revisor jedoch mit dem Bemerken entgegen: In Rücksicht auf die Quoten der Substanz verdient indessen dieser Antrag wohl keine Beachtung, da sonst des Processirens über die Auseinandersetzung, und der Ungewißheit der Vermögensverhältnisse kein Ende zu finden sein, es auch gänzlich an einem festen Zeitpunkte fehlen würde, nach welchem das Vermögen des Schuldigen berechnet werden könnte.

In dem obigen Sinne scheint auch der Gesetz-Revisor — Peuf. XV. — den allegirten §. 784. aufgefaßt zu haben. Im §. 94. seines Entwurfs giebt er dessen Sinn und wesentlichen Inhalt dahin wieder: Das Vermögen des Schuldigen ist nach dem Tage des publicirten und rechtskräftig gewordenen Scheidungsurtels zu bestimmen, und er motivirt diese Fassung damit: durch den §. 784. habe bloß festgesetzt werden sollen, nach welchem Zeitpunkte das Vermögen des Schuldigen zu bestimmen sei.

Im Ganzen von derselben Auffassung gehen denn auch die diesseitigen Präjudicate vom 31. Mai 1861 (Entscheidungen Bd. 45. S. 206. ff.), sowie vom 10. Juni 1861 und vom 24. November 1862 aus, wenngleich nicht unbemerkt bleiben darf, daß sich die gegenwärtige Sache von den dort entschiedenen Fällen allerdings darin unterscheidet, daß der Anspruch, der dem Verklagten auf die hier streitigen Zinsen, wenigstens für den Fall, daß er seine Mutter überleben sollte, zusteht, sich aus dem Erbvertrage vom 4. Juni 1856, sowie aus dem Vergleiche vom 14. April 1860 herschreibt, also jedenfalls, mindestens seinem rechtlichen Grunde nach, vor dem rechtskräftigen Scheidungsurtel vom 28. Juni 1864

Digitized by Google

entstanden ist. Andererseits aber stehen die oben zu c und d gedachten Zinsen dem Verklagten, sofern er überhaupt jemals zu deren Genusse gelangen wird, doch immer nur auf seine Lebenszeit zu; fingirt nun der §. 784. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. für den vorliegenden Zweck und der Klägerin gegenüber, daß der Verklagte am Tage des publicirten und rechtskräftig gewordenen Scheidungsurtels am 28. Juni 1864 gestorben sei, so greift hier die Vorschrift des §. 162. Thl. I. Tit. 4. A. L. R.:

> Ist die Bedingung an die Person des Berechtigten gebunden, und stirbt dieser vor der Erfüllung, so verliert die Erklärung selbst ihre Wirksamkeit,

Platz. Die Mutter des Verklagten, die Gutsbesitzerfrau Zoraide G., geborne v. B., ist noch jetzt am Leben; von dem Verklagten aber wird zufolge §. 784. l. c. angenommen, als ob er bereits am 28. Juni 1864 verstorben sei. Sein bloß eventueller Anspruch auf die Zinsen von den qu. 20,000 Thlrn. ist mithin der Klägerin gegenüber niemals zur Wirklichkeit gelangt, vielmehr, sobald die Bedingung, an deren Eintritt der Erwerb dieses Zinsengenusses geknüpft war, nämlich: daß er seine genannte Mutter überleben würde, deficient geworden, erloschen. Es fehlt daher ganz an dem von der Klägerin beanspruchten Zinsrechte des Verklagten, und kann er ihr also auch ein solches, nicht existirendes Recht, nicht zum vierten Theilen übereignen.

Der Appellationsrichter bezeichnet als den im vorliegenden Processe zu entscheidenden Streitpunkt allein die Frage:

> ob die Klägerin ein Anrecht an dem vierten Theile der qu. Zinsen von da ab, wo der Verklagte sie seiner Zeit zu fordern haben wird, habe?

und er verkennt auch nicht, daß für den Verklagten die §§. 751. 767. 783. und 784. l. c. zu sprechen schienen, daß

Digitized by Google

man namentlich aus dem §. 784. folgern könnte, da der Tod des Verklagten fingirt werde, so müsse auch fingirt werden, daß er seine Mutter nicht überlebt habe, daß also die Bedingung, unter welcher er in den Zinsengenuß von den 20,000 Thlrn. treten sollte, nicht eingetreten sei. Wenn er aber diese Auffassung schließlich dennoch, insbesondere durch den §. 785. l. c. für widerlegt ansieht, und weiter deducirend endlich dahin gelangt: die qu. Bedingung sei noch nicht ausgefallen, der Verklagte lebe noch, könne also seine Mutter, die jetzige Zinsberechtigte, noch überleben, und also noch wirklich zur Ausübung des Rechts auf die Zinsen gelangen; dieser Anspruch sei ein Theil seines gegenwärtigen Vermögens, und die Klägerin könne also davon den vierten Theil verlangen, so verletzt er, der obigen Ausführung zu Folge, allerdings die in der Nichtigkeitsbeschwerde allegirten Gesetzstellen.

№ 21.

Das Ehescheidungsurtel als res judicata für die künftige Vermögensauseinandersetzung.

Hat die in einem Ehescheidungs-Erkenntnisse enthaltene Bestimmung, daß die eine Partei für berechtigt zu erklären, bei der, nach gütergemeinschaft-

Digitized by Google

lichen Grundsätzen zu bewirkenden Vermögensauseinandersetzung, im Falle gewählter Güterabsonderung, den vierten Theil des abgesonderten Vermögens des Schuldigen als Abfindung zu fordern, unter allen Umständen die volle Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung, und ist sie für das nachfolgende Auseinandersetzungs-Verfahren stets und unbedingt dergestalt maaßgebend, daß die Vermögensauseinandersetzung zwischen den geschiedenen Eheleuten auch dann nach jenem Grundsatze erfolgen muß, wenn später ermittelt wird, daß unter den gewesenen Ehegatten in der That keine Gütergemeinschaft obgewaltet hat, dieselbe vielmehr vorher ausgeschlossen war?

Proceß-Ordnung Tit. 40. §§. 51. und 52.
Allg. Ger.-Ord. Anhang §. 293.
A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 743. und 745.

Die vorstehende Frage ist in der Sache der separirten K. wider ihren gewesenen Ehemann, den vormaligen Gastwirth K., streitig geworden.

Das Stadtgericht zu Königsberg bejahte dieselbe in seinem Erkenntnisse vom 22. October 1866, das ostpreußische Tribunal dagegen hat in seinem Appellationsurtel vom 14. Mai 1867 jene Frage verneint, und auf die von der Klägerin gegen das letztere noch eingelegte Revision hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 18. October 1867 das zweite Erkenntniß bestätigt. Aus nachstehenden

Gründen.

Die Parteien waren früher mit einander verheirathet,

Digitized by Google

und hatten nach ihrer, am 8. October 1858 vollzogenen Heirath, ihren ersten Wohnsitz in Neukuhren, unter der Herrschaft und im Gebiete der Geltung des Ostpreußischen Provinzialrechts genommen. An sich würde daher in ihrer Ehe Gütergemeinschaft stattgefunden haben, (§. 350. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R., Ostpr. Provinzialrecht Zusatz 92. und Zusatz 96. §. 18.); in dem gerichtlichen Ehepacte vom 4. October 1858 war jedoch von ihnen bereits für ihre einzugehende Ehe die Gemeinschaft der Güter und des Erwerbes ausgeschlossen und erklärt worden, daß das Vermögen der künftigen Ehefrau die Eigenschaft des Eingebrachten haben solle. Dessen ungeachtet gab der Ehemann, der jetzige Verklagte, in seiner wider die nunmehrige Klägerin angestrengten Ehescheidungsklage vom 3. Juni 1862 an: Parteien sind in Gütergemeinschaft verheirathet, und die Letztere erwiderte in ihrer Klagebeantwortung vom 27. ej. m. darauf: „Die allgemeinen Verhältnisse sind richtig angegeben!" Des gedachten Ehepacts vom 4. October 1858 und der darin vereinbarten Ausschließung der Gütergemeinschaft ist in dem Ehescheidungsprocesse von keiner Seite Erwähnung geschehen.

In seinem Ehescheidungsurtel vom 27. October 1863 erklärte das Stadtgericht zu Königsberg die Ehefrau daher nicht bloß für den allein schuldigen Theil, sondern erachtete den Ehemann auch für berechtigt, bei der nach gütergemeinschaftlichen Grundsätzen zu bewirkenden Vermögensauseinandersetzung, im Falle der gewählten Güterabsonderung, den sechsten Theil des abgesonderten Vermögens der Verklagten als Abfindung zu fordern. Wenn dies Erkenntniß nun auch auf die Appellation der Ehefrau in zweiter Instanz soweit Abänderung erfahren hat, daß der Ehemann für den überwiegend schuldigen Theil erachtet wurde, so erklärte doch auch der Appellationsrichter die Ehefrau wie-

Digitized by Google

derum für berechtigt, bei der „nach gütergemeinschaftlichen Grundsätzen“ zu bewirkenden Vermögensauseinandersetzung, im Falle gewählter Güterabsonderung den vierten Theil des abgesonderten Vermögens des Ehemannes als Abfindung zu fordern.

Bei dieser Entscheidung, bei welcher der Ehemann sich beruhigt hat, war stillschweigend vorausgesetzt, daß die Auseinandersetzung unter den Parteien in Betreff des gemeinschaftlichen Vermögens nach denjenigen Grundsätzen bewirkt werden würde, welche in den §§. 811. ff. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. für den Fall aufgestellt worden sind, daß unter den geschiedenen Eheleuten eine Gemeinschaft aller Güter vorgewaltet hat. Der ihr, als minderschuldigem Theile hiernach zustehenden Wahl gemäß, forderte die Klägerin in ihrer nunmehrigen Theilungsklage vom 2. August 1865 die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens, und, da der Verklagte jede gütliche Einigung ablehnte, so erkannte das Stadtgericht zu Königsberg in seinem Erkenntnisse vom 22. October 1866, wesentlich in Uebereinstimmung mit den Anträgen der Klägerin, nicht bloß

zu 1., daß Verklagter schuldig, sich die Vermögensauseinandersetzung mit der Klägerin, seiner separirten Ehefrau, gefallen zu lassen,

sondern namentlich auch,

zu 2., daß diese Vermögensauseinandersetzung nach den bei vorhandener ehelicher Gütergemeinschaft gesetzlich bestehenden Vorschriften zu bewirken.

Für das genannte Gericht ist dabei allein die obige Festsetzung in dem Ehescheidungsurtel vom 3. Juni 1864 maßgebend gewesen, bei der es — des von den Parteien über die Ausschließung der Gütergemeinschaft in der Ehe errichte-

Digitized by Google

ten Ehepacts vom 4. October 1858 ungeachtet — verbleiben müsse.

Dagegen änderte das Ostpreußische Tribunal am 14. Mai 1867 das erste Erkenntniß ad punct. 2. dahin ab:

daß der Auseinandersetzung der Parteien in Betreff ihres Vermögens der gerichtliche Ehevertrag derselben vom 4. October 1858 zum Grunde zu legen.

Diese Entscheidung muß bestätigt werden. Die Parteien haben vor ihrer Verheirathung mittelst des gerichtlichen Ehepacts vom 4. October 1858 in ihrer Ehe die sonst provinzialrechtlich eintretende Gütergemeinschaft ausgeschlossen und bestimmt, daß das Vermögen der künftigen Ehefrau, der Klägerin, die Eigenschaft des Eingebrachten haben sollte. Jene Ausschließung ist auch nach Vorschrift des §. 4. des Gesetzes vom 20. März 1837 (Gesetz-Samml. S. 63.) gehörig öffentlich bekannt gemacht, und es unterliegt daher keinem Bedenken, daß in der Ehe der Parteien keine Gütergemeinschaft stattgefunden hat. Ist in dem Scheidungsprocesse der eine Ehegatte für den schuldigen Theil erklärt worden, so erfolgt, wenn keine Gütergemeinschaft vorgewaltet hat, die Auseinandersetzung wegen des Vermögens nach Maßgabe der in den §§. 766. ff. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. enthaltenen näheren Bestimmungen, die also auch für die streitenden Parteien hier maßgebend sein müssen. Die entgegengesetzte Behauptung der Klägerin und des ersten Richters, d. h. die Annahme und Festsetzung, daß die Vermögensauseinandersetzung zwischen den K.'schen Eheleuten nach den bei vorhandener ehelicher Gütergemeinschaft gesetzlich bestehenden Vorschriften, also nach den Bestimmungen in den §§. 811. ff. a. a. O. zu bewirken sei, stützt sich lediglich auf die Bestimmung in dem in dem vorangegangenen Ehescheidungsprocesse gefällten Appellationsurtel. Die Revidentin will derselben

Digitized by Google

die volle Wirkung einer res judicata beigelegt wissen. Eine so absolute und verbindende Kraft ist jener, mehr nebensächlichen und hypothetischen Bemerkung indessen weder nach der rechtlichen Natur und dem Zwecke des Ehescheidungsprocesses, noch unter Berücksichtigung der obgewalteten Umstände, nach der Fassung und dem ganzen Zusammenhange des gedachten Scheidungsurtels beizumessen.

Eine an sich gültige Ehe kann durch richterlichen Ausspruch wieder getrennt werden — doch sollen Ehescheidungen nicht anders, als aus sehr erheblichen Ursachen stattfinden, §§. 668. 669. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. — Im Ehescheidungsprocesse hat das Ehegericht zunächst zu prüfen und zu beurtheilen, ob ein gesetzlicher Scheidungsgrund anzunehmen, und daher das zwischen den Parteien bestehende Band der Ehe zu trennen ist.

Freilich soll sich der Richter alsdann darauf nicht beschränken, nur die Trennung der Ehe auszusprechen, vielmehr schreibt der §. 745. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. weiter vor:

> Bei den Ehescheidungsprocessen aber muß die Frage: ob und welcher von den Ehegatten für den schuldigen Theil zu achten sei, mit zur Untersuchung gezogen und das Erforderliche darüber in dem Scheidungsurtel festgesetzt werden;

und in ganz gleicher Weise instruirt dann auch der §. 51. Tit. 40. der Proceß-Ordnung das Ehegericht dahin:

> Wenn durch ein Erkenntniß die Ehe getrennt wird, so muß darin auch das Erforderliche wegen der gesetzlichen Strafen des schuldigen Theils, insofern dergleichen auf den vorliegenden Fall in den Rechten verordnet sind, und wegen der Erziehung der Kinder festgesetzt werden.

Der §. 293. des Anhangs zur A. G. O. fügt im Anschlusse daran, noch ergänzend und erläuternd hinzu:

> Die allgemeine Bestimmung in dem Erkenntnisse:

Digitized by Google

daß der eine oder der andere Theil die Ehescheidungsstrafe zu entrichten schuldig,

ist nicht hinreichend, vielmehr muß zur Vermeidung neuer Streitigkeiten näher ausgedrückt werden, was als Ehescheidungsstrafe zu entrichten ist.

Sind über die künftige Erbfolge keine Verträge vorhanden und ist die Ehe wegen der §. 748. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. benannten groben Vergehungen getrennt worden, so besteht die Abfindung des Unschuldigen in dem vierten Theile von dem Vermögen des Schuldigen §. 785. Sind aber nur minder schwere Vergehungen die Ursache der Scheidung gewesen, so wird die Abfindung auf den sechsten Theil bestimmt. — §. 786. — Es kommt daher in jedem einzelnen Falle einer Ehescheidung wesentlich darauf an: ob der für den allein, oder für den überwiegend schuldigen Theil erklärte Ehegatte den vierten oder nur den sechsten Theil seines Vermögens an den Unschuldigen als Ehescheidungsstrafe zu entrichten hat. Hierüber soll sich das Ehegericht, der Anweisung in dem §. 293. des Anhangs zur A. G. O. zu Folge, in dem Scheidungsurtel zugleich aussprechen, das Nöthige im Erkenntnisse selbst sogleich festsetzen; und das Rescript vom 8. Mai 1812 — v. Kamptz Jahrbücher Bd. I. S. 51 — aus welchem jener Anhangs-Paragraph entnommen ist, war gerade durch einen Fall veranlaßt, in welchem das betreffende Gericht zwar auf Ehescheidung wegen Bigamie erkannt, den Beklagten für den schuldigen Theil erklärt und in die gesetzliche Ehescheidungsstrafe verurtheilt, aber nicht bestimmt hatte, worin diese Strafe bestehen, und ob der vierte oder der sechste Theil von dem Vermögen des Beklagten herausgegeben werden sollte. Mit diesem Zweifel hat aber die Frage: ob die geschiedenen Eheleute in Gütergemeinschaft gelebt haben oder nicht? nichts ge-

Digitized by Google

mein; auf die Festsetzung der Höhe der Ehescheidungsstrafe, insbesondere, ob als solche der vierte oder nur der sechste Theil von dem Vermögen des Schuldigen zu entrichten sei, äußert der Umstand, ob unter den gewesenen Eheleuten Gütergemeinschaft stattgefunden hat oder nicht, keinen Einfluß. Er wird dagegen erheblich für die nothwendig werdende Auseinandersetzung, indem es dann allerdings wesentlich darauf ankommt, ob dieser die Vorschriften in den §§. 766. ff. zum Grunde zu legen, oder ob dieselbe nach Maaßgabe der §§. 811. ff. ebendaselbst zu bewirken. Der §. 743. l. c. schreibt indessen vor:

> Nach getrennter Ehe müssen die gewesenen Eheleute wegen ihres Vermögens auseinandergesetzt werden,

und noch bestimmter hebt diesen Unterschied zwischen der Festsetzung der Ehescheidungsstrafe und der gedachten Auseinandersetzung der §. 52. Tit. 40. der Proceß-Ordnung, im Anschlusse an den oben extrahirten §. 51. ebendaselbst und im Gegensatze zu demselben, in dem Verbote hervor:

> Hingegen soll die Auseinandersetzung der gewesenen Eheleute wegen ihres Vermögens, in der Regel mit dem Ehescheidungsprocesse nicht vermengt werden.

Ja bei einer Verschiedenheit des Ehegerichts und des persönlichen Gerichtsstandes des Ehemannes soll diese Auseinandersetzung in letzterem, also gewiß getrennt vom Ehegericht, erfolgen.

Allerdings unterscheidet sich das hier vorliegende Sachverhältniß wesentlich von den am 11. September 1857 und am 22. Januar 1858 entschiedenen Fällen (Archiv für Rechtsfälle Bd. 30. S. 1. und Entscheidungen Bd. 37. S. 218.). Schon in dem diesseitigen Urtel vom 22. Januar 1858 ist angenommen und ausgeführt worden (Entscheidungen Bd. 37. S. 223.):

Digitized by Google

„wenn im Ehescheidungsprocesse von der klagenden Partei ein auf Verurtheilung des Schuldigen in eine bestimmte Ehescheidungsstrafe gerichteter Antrag nicht gestellt ist, und der Richter diesen Nebenpunkt weder zur Verhandlung gebracht, noch dessen nachträgliche Verhandlung veranlaßt, vielmehr nur nach dem Antrage auf Erklärung des einen Ehegatten für den schuldigen Theil, ohne Weiteres, erkannt hat, so folgt daraus keineswegs, daß der unschuldige Theil seines ihm gesetzlich zustehenden Anspruchs auf Abfindung aus dem Vermögen des schuldigen Ehegatten, verlustig gegangen und eine spätere Erörterung und Entscheidung dieses Anspruchs in einem Separatverfahren unzulässig sei."

Nur wenn der unschuldige Theil in dem Ehescheidungsprocesse auf die Scheidungsstrafe ausdrücklich verzichtet hat, kann er eine solche, beziehungsweise an deren Stelle standesmäßige Verpflegung, nachträglich in einem besonderen Processe nicht mehr fordern (Entscheidungen Bd. 49. S. 202.). Geht man nun bei der Interpretation des Erkenntnisses vom 3. Juni 1864 von diesen gesetzlichen Vorschriften und den vorstehend entwickelten rechtlichen Grundsätzen aus, so ist nicht anzunehmen, daß der Festsetzung:

daß Verklagte und Wiederklägerin für berechtigt zu erklären, bei der nach gütergemeinschaftlichen Grundsätzen zu bewirkenden Vermögensauseinandersetzung im Falle gewählter Güterabsonderung den vierten Theil des abgesonderten Vermögens des Klägers und Wiederverklagten als Abfindung zu fordern,

namentlich aber den eingeschalteten Worten: „nach gütergemeinschaftlichen Grundsätzen zu bewirkenden," eine gleichsam judicatmäßige Bedeutung und Wirkung beizumessen sei, und von dem erkennenden Richter habe beigemessen werden sollen,

Digitized by Google

daß darnach die künftige Auseinandersetzung der gewesenen Eheleute, wegen des Vermögens, unter allen Umständen nach den Grundsätzen bewirkt werden müßte, welche in den §§. 811. ff. für den Fall aufgestellt sind, wenn unter den geschiedenen Eheleuten eine Gemeinschaft aller Güter obgewaltet hat; gleichviel, ob sich später auch herausstellen möchte, daß eine solche Gütergemeinschaft unter denselben in der That nicht stattgefunden hat. — Schon nach der Wortfassung des Erkenntnisses vom 3. Juni 1864 ist der eigentlich decisive Theil jener Festsetzung nicht in dem nebensächlichen Zwischensatze: „bei der nach gütergemeinschaftlichen Grundsätzen zu bewirkenden Vermögensauseinandersetzung," sondern allein in den wirklich dispositiven Worten: „daß Verklagte und Wiederklägerin für berechtigt zu erklären, den vierten Theil des abgesonderten Vermögens des Klägers und Wiederverklagten als Abfindung zu fordern," zu suchen und in der That auch enthalten. Nur hierüber waltete unter den Parteien Streit ob, und nur hierüber hatte der Eherichter durch Erkenntniß zu entscheiden.

Das Appellationsurtel vom 8. Juni 1864 bestimmt auch keineswegs etwa positiv:

> daß die Vermögensauseinandersetzung der K.'schen Eheleute künftig nach gütergemeinschaftlichen Grundsätzen zu bewirken sei,

sondern es erwähnt dieser Grundsätze nur nebenher in einem Zwischensatze. Wie wenig es übrigens in der Absicht der Richter bei dem Ehescheidungsprocesse gelegen hat, durch diese Bemerkung und Einschaltung ein eigenes, selbstständiges Urtheil, mit der vollen Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung fällen zu wollen, ergeben nicht bloß die Urtelsgründe, auf welche doch immer am einfachsten und natürlichsten zurückzugehen sein würde, wenn es darauf ankommt, die wahre

Digitized by Google

Bedeutung der getroffenen Entscheidung zu bestimmen, sondern es spricht dafür auch sehr erheblich die ganze Lage des damaligen Ehescheidungsprocesses. Das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 27. October 1863 beginnt mit der referirenden Bemerkung: die Parteien leben nach der Angabe des Klägers und nach der Angabe der Verklagten in gütergemeinschaftlicher Ehe; und der Appellationsrichter motivirt seine reformatorische Entscheidung in folgender Weise:

> Da nun Kläger sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, der verklagten Ehefrau aber das minder schwere Vergehen der Zanksucht und Unverträglichkeit zur Last fällt, so ist das Uebergewicht der Schuld auf der Seite des Klägers, §. 749. a. a. O. Hieraus folgt, daß bei der später zwischen den Parteien zu bewirkenden Vermögensauseinandersetzung die verklagte Ehefrau die Hälfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens fordern, oder auf Absonderung der Güter antragen kann, — §§. 766. 811. ff. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. — im letzteren Falle aber Kläger, da die Ehe auch wegen Ehebruchs getrennt worden, den vierten Theil seines abgesonderten Vermögens der verklagten Ehefrau als Abfindung zu entrichten verbunden ist — §. 785. a. a. O. —

Eine unmittelbare und eigentliche decisive Entscheidung über die Frage: ob die Parteien wirklich in Gütergemeinschaft gelebt haben oder nicht, enthält also das Appellationsurtel keineswegs; die eingeschaltete Nebenbemerkung „bei der nach gütergemeinschaftlichen Grundsätzen zu bewirkenden Vermögensauseinandersetzung" kann daher auch nicht in die Rechtskraft übergegangen sein, und als eine judicatmäßige und deshalb unbedingt maßgebende Festsetzung angesehen werden; sie wiederholt vielmehr nur die damaligen Angaben der Parteien.

Digitized by Google

№ 22.

Eheliche Unterstützungspflicht.

Wie weit ist eine Ehefrau verpflichtet, für den Unterhalt ihres hülfsbedürftigen Ehemannes zu sorgen?

A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §§. 174. 185. Gesetz über die Armenpflege vom 31. December 1842. §§. 1. 35. Gesetz-Samml. 1843 S. 8. und Ergänzungsgesetz zu demselben vom 21. Mai 1855 (Ges. S. 311.) §. 6.

Der erblindete Einwohner S. aus Polnisch Marchwitz, verheirathete sich im Jahre 1861, überwies seiner Ehefrau, mit der er nicht in Gütergemeinschaft lebte, ein Hypothekencapital von 400 Thlr., wurde dann aber von ihr verlassen, in den Jahren 1864 und 1865 in verschiedenen Orten vagabondirend und krank aufgegriffen und in Armen- und Krankenhäusern verpflegt und behandelt.

Seine Ehefrau, welche sich in Namslau niedergelassen hatte, und sich dort durch ihrer Hände Arbeit ernährte, weigerte sich, die für den Aufenthalt und die Kur ihres Mannes in den Armen- und Krankenhäusern entstandenen Kosten von 41 Thlr. zu erstatten, auch die fernere Sorge für ihren Ehemann zu übernehmen. Sie wurde dieserhalb von dem Ortsarmenverbande in Poln. M. verklagt, in erster Instanz auch in contumaciam sowohl für die Vergangenheit, als für die Zukunft (durch Zahlung von 5 Thlr. monatlicher Alimentengelder) verurtheilt. In ihrer Appellations-Rechtferti-

Digitized by Google

gung bestritt sie ihre Verpflichtung, für den Unterhalt ihres Ehemannes sorgen zu müssen, weil im §. 185. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. nur dem Ehemann die Pflicht auferlegt sei, seiner Ehefrau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren, ihr Ehemann aber, statt diese Pflicht zu erfüllen, sich heimlich von ihr entfernt uno sich nicht weiter um sie gekümmert habe, weshalb auch von ihr bereits auf Trennung der Ehe geklagt sei.

Das Appellationsgericht zu Breslau änderte auch das erste Erkenntniß und wies den klagenden Armenverband mit seiner Klage ab. In den Gründen ist ausgeführt, daß die Nothwendigkeit der ferneren Unterstützung des S. durch den klagenden Ortsarmenverband nicht dargethan, dann hauptsächlich aber, daß die gesetzliche Verpflichtung einer Frau zur Alimentation eines Ehemannes keine so unbedingte sei, wie die der Verwandten, daß die Verklagte sich auch gar nicht geweigert habe, ihren Ehemann bei sich aufzunehmen, dieser noch gar nicht bei seiner Ehefrau in N. sich eingefunden habe. —

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat dieses Erkenntniß am 26. September 1867 auf die Revision des Klägers geändert, und das die Verklagte verurtheilende Erkenntniß erster Instanz wiederhergestellt. In den

Gründen

heißt es:

Wie der Appellationsrichter den Beweis der Nothwendigkeit vermissen kann, daß S. in Poln. M. verbleiben und verpflegt werden mußte, und zunächst aus diesem Grunde den dortigen Armenverband für nicht berechtigt erklären kann, von der Ehefrau des Verarmten Erstattung der verausgabten und Bezahlung der ferneren Unterhaltungskosten zu verlangen, ist nicht wohl einzusehen. Ganz abgesehen davon, daß eine

Digitized by Google

Ehefrau überhaupt da ihren Aufenthalt hat, wo ihr Ehemann ihn genommen, daß sie der Regel nach nicht berechtigt ist, sich selbstständig einen anderen Wohnort zu wählen, und daß die S. sich daher unbefugt von ihrem Manne entfernte, als sie im Jahre 1864 Poln. M. verließ und nach N. sich begab, hatte sie bei dem körperlichen Gebrechen und der Hülflosigkeit ihres Mannes die besondere Verpflichtung, entweder ihn mit sich nach ihrem neuen Wohnsitze zu nehmen, oder doch sich nicht von ihm zu trennen; es bedurfte daher gar keiner Aufforderung an sie, ihn bei sich aufzunehmen. Ueberdies aber ist auch, nach der nicht bestrittenen Behauptung des Klägers in der Appellations-Beantwortung, eine solche Aufforderung an sie ergangen, sie hat aber die Aufnahme ihres Mannes verweigert. Die öffentliche Armenpflege, welcher der Mann in solcher Lage anheimfallen mußte und auch in der That bald darauf anheimfiel, mußte ihm nach §§. 1. und 35. des Gesetzes vom 31. December 1842 über die Armenpflege, von dem Ortsarmenverbande gewährt werden. Letzterer ist dazu auch so lange und in so weit verpflichtet, als seine Ehefrau sich seiner nicht annimmt. Daß andere näher verpflichtete Verwandte vorhanden wären, ist nicht einmal behauptet. Das Verbleiben des S. in Polu. M., seinem Heimathsorte, und die fernere Verpflegung daselbst, ist daher gesetzlich nothwendig. Nach Art. 6 des Ergänzungsgesetzes vom 31. Mai 1855 konnte die Verklagte sogar im Verwaltungswege zur Gewährung der nothwendigen Unterstützung ihres Mannes angehalten werden, in welchem Falle sie dann umgekehrt gegen den Armenverband auf Befreiung hätte klagen müssen. Dieselbe hat denn auch gar nicht eingewendet, daß die öffentliche Armenpflege nicht nothwendig und daß der jetzt klagende Armenverband zu derselben nicht gesetzlich verpflichtet wäre.

Digitized by Google

Ihre eigenen Einwendungen gegen den erhobenen Anspruch, welche sie allererst in ihrer wider das Contumacial-Erkenntniß erster Instanz gerichteten Appellations-Rechtfertigung vorgebracht hat, beschränken sich vielmehr darauf, daß ihr Ehemann bei Eingehung der Ehe bedeutendes Vermögen besessen habe und verpflichtet sei, für ihren Unterhalt zu sorgen, daß er statt dessen sie verlassen, sich nicht um sie gekümmert, sich durch seinen Hang zu einem unstäten ausschweifenden Leben um sein Vermögen gebracht habe, und im Jahre 1864 wegen versuchten Betruges bestraft und aus diesen Gründen von ihr auf Ehescheidung geklagt sei. Alle diese Einreden sind indeß schon nach obiger Ausführung unerheblich, mit Ausnahme der letzten, auch ohne allen Beweis geblieben.

Der Appellationsrichter meint, daß eine Verpflichtung der Verklagten zur Erstattung der erwachsenen und der späteren Unterhaltungskosten ihres Ehemannes nicht bestehe, weil die gesetzliche Verpflichtung einer Frau zur Unterstützung ihres Mannes keine so unbedingte sei, wie unter Verwandten. In wie weit letzteres überhaupt begründet ist, kann hier ganz unerörtert bleiben, wo sich das Rechtsverhältniß der Verklagten ihrem Ehemanne gegenüber wesentlich anders gestaltet. Nach §. 2. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. kann eine Ehe auch zur gegenseitigen Unterstützung geschlossen werden und regelt sich dann das Verhältniß der Ehegatten nothwendig nach dem persönlichen Bedürfniß zu solcher Unterstützung. Nach §. 174. ibid. sind Eheleute schuldig, sich in allen Vorfallenheiten nach ihren Kräften wechselseitigen Beistand zu leisten; sie dürfen sich einander wegen Widerwärtigkeiten nicht verlassen. Es werden diese Pflichten also als wechselseitige beider Ehegatten bezeichnet, und wenn demnächst auch im §. 185. ff. besonders der Pflicht des Mannes gedacht ist,

Digitized by Google

für den Unterhalt der Frau zu sorgen, so ist dadurch letztere noch keineswegs von jener, auch ihr obliegenden, als wechselseitig bezeichneten Verpflichtung entbunden, im Nothfalle für den Unterhalt ihres Ehemannes nach Kräften Sorge zu tragen. Im vorliegenden Falle ist hieran um so weniger zu zweifeln, als geständlich die Verklagte ihren Mann geheirathet hat, als er bereits erblindet und aus diesem Grunde nicht im Stande war, sich seinen Unterhalt selbst zu verschaffen. Sie hat sich außerdem auch gerade mit Rücksicht auf die durch die Heirath ihr zugefallenen Pflichten von ihrem Ehemanne eine Hypothekenforderung von 400 Thlr. cediren lassen. Darin ist nicht etwa eine erst durch Vertrag begründete Alimentationspflicht, sondern nur eine Verstärkung der bereits bestehenden gesetzlichen Pflicht zu finden. Sie überkam durch ihre Verheirathung somit die unbedingte Pflicht, nicht bloß so lange jenes Capital reichte, sondern auch nachher aus ihrem eigenen etwaigen Vermögen und durch eigene Thätigkeit nach Kräften für den hülflosen Mann zu sorgen.

Der Einwand, daß er bei der Verheirathung bedeutendes Vermögen besessen und dieses durch seinen Hang zu einem unstäten Leben eingebüßt, ist nicht bloß völlig unsubstantiirt und beweislos, sondern auch unerheblich. Das Gesetz unterscheidet hinsichtlich der Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung nicht, aus welchen Gründen dieselbe später nothwendig geworden, die beanspruchte Hülfe geht auch nicht über die äußerste Nothdurft hinaus. Uebrigens ergiebt sich schon aus den eigenen Anführungen der Verklagten, namentlich aus der Bemerkung, daß ihr Mann im Jahre 1864 sich von ihr aus Ramslau entfernt habe, ganz unzweideutig, daß er diesen von der Verklagten ihm vorgeworfenen unstäten Lebenswandel erst damals begonnen hat. Nach obiger Ausführung war sie es aber, die ihren Mann in Poln. M. zurückließ, als

Digitized by Google

sie sich von dort nach N. begab und dann sogar sich weigerte, den Mann bei sich aufzunehmen, was vom Kläger in der Appellations-Beantwortung behauptet, Seitens der Verklagten aber unbestritten geblieben ist. Um so weniger hat sie jetzt irgend eine begründete Veranlassung, ihrer übernommenen Alimentationspflicht gegen ihren bedürftigen Ehemann sich zu entziehen.

№ 23.

Beweis der Unehelichkeit eines Kindes.

1. Die Bestimmungen der §§. 2. und 19. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. und des §. 20. daselbst, so weit dieser auf die §§. 2. und 7. a. a. O. Bezug nimmt, sind zu den suspendirten Stellen des Allgemeinen Landrechts zu rechnen, und deshalb in der Mark Brandenburg zur Zeit nicht anwendbar.
2. Unter dem im §. 2. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. dem Ehemanne zur Pflicht gemachten „überzeugenden" Nachweise ist nicht ein nach §§. 9. und 10. Tit. 13. Thl. I. A. G. O. vollständig geführter Beweis zu verstehen, und es ist zur

Digitized by Google

Ergänzung oder Widerlegung eines unvollständig geführten Beweises die Auferlegung eines nothwendigen Eides zulässig.

Das Präjudiz des ersten Senats vom 11. April 1842 Nr. 1125. wird aufgehoben. Präj. Nr. 2752.

A. L. R., Publications-Patent §. VII., Thl. II. Tit. 2. §§. 1.—7. 19. 20.

A. G. O. Thl. I. Tit. 10. §§. 250.—252. Tit. 13., §§. 9. 10. 11. 24. 25.

L. 12. Dig. de statu hom. (I. 5.) l. 6. Dig. de his, qui sui vel al. jur. (I. 6.) l. 3. §. 1. 2. l. 34. pr. Dig. de jurejur. (XII. 2.) l. 3. §§. 9. 11. 12. Dig. de suis et leg. hered. (XXXVIII. 16.)

Scholz, Provinzialrecht der Churmark Brandenburg. Entwurf §. 241. S. 47. Motive II. S. 42. ff.

Die Mutter der Parteien hat in der Ehe mit dem Arbeiter H., zu Kyritz den Kläger, und nachdem ihr Ehemann am 25. August 1863 gestorben war, am 26. Mai 1864 den Verklagten geboren. Der Vormund des Klägers behauptet, daß der Verklagte kein eheliches Kind des Arbeiters H. sei, weil letzterer von seinem Tode zurückgerechnet über 8 Wochen bei dritten Personen krank gelegen und während dieser Zeit das Bett nicht verlassen, auch Besuche seiner Frau nicht erhalten habe.

Nach erfolgter Vernehmung der über diese Thatsachen vorgeschlagenen Zeugen haben das Kreisgericht zu Wittstock und das Kammergericht am 13. Juli und 10. December 1866 den Kläger auf Grund des §. 2. Tit. 2. Thl. II. A. L. R.

Digitized by Google

abgewiesen, da der von ihm geführte Beweis kein vollständiger, dessen Ergänzung durch einen nothwendigen Eid aber nicht zulässig sei.

In Folge der Revision des klagenden Vormundes hat dagegen der erste Senat des Ober-Tribunals am 15. November 1867 abändernd auf einen von dem Vormunde zu leistenden Erfüllungseid erkannt, und zwar aus folgenden

Gründen.

Beide Vorderrichter haben auf Grund des §. 2. Tit. 2. Thl. II. des A. L. R., wonach der Mann gegen die gesetzliche Vermuthung des §. 1., „daß während einer Ehe erzeugte oder geborene Kinder von ihm erzeugt seien", nur alsdann gehört werden soll, wenn er überzeugend nachweisen kann, daß er der Frau in dem Zeitraume vom 302. bis 210. Tage vor der Geburt des Kindes nicht ehelich beigewohnt habe, angenommen, daß zur Ergänzung des in diesem Paragraphen dem Manne, sowie im §. 20. a. a. O. dessen Erben gestatteten Beweises ein nothwendiger Eid nicht zulässig sei.

Dieser Ansicht läßt sich jedoch aus einem doppelten Grunde nicht beitreten. Denn

I. muß der §. 2. cit. zu denjenigen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts gerechnet werden, welche in der Mark Brandenburg auf Grund des §. VII. des Publications-Patents zum Allgemeinen Landrecht vom 5. Februar 1794 zur Zeit noch suspendirt, also überhaupt nicht anwendbar sind. Wenn die Vorderrichter, der erste stillschweigend, der zweite ausdrücklich unter Bezugnahme auf Scholz Provinzialrecht, Entwurf §. 241. S. 47., und Motive II. S. 42., das Gegentheil angenommen haben, so erscheint dies nicht richtig. Allerdings ist im §. 241. des Scholz'schen Entwurfs nur

Digitized by Google

gesagt, daß die Vorschriften des §. 1. und der §§. 7. 15. 17. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. in der Mark suspendirt seien, und es heißt in den Motiven Bd. II., nachdem S. 41. bis 43. diese Satzung unter Bezugnahme auf die Präjudize Nr. 1387. und 1392. — Samml. i. S. 162. und 164. — und die Plenarbeschlüsse vom 5. September 1842 und 22. Januar 1844. — Entscheid. Bd. 8. S. 73. und Bd. 9. S. 394. — gerechtfertigt worden, S. 43.: „Die übrigen Bestimmungen dieses Titels (2.), die ehelichen Kinder betreffend, bis incl. §. 49. enthalten keine directe Abweichungen von den Vorschriften des gemeinen Rechts und provinzialrechtliche Abweichungen kommen auch nicht vor." Allein abgesehen davon, daß es deshalb nicht außer Zweifel ist, ob unter den „übrigen Bestimmungen" auch der §. 2. mit gemeint gewesen ist, weil S. 42. bei Motivirung der Annahme, daß der §. 1. zu den suspendirten Vorschriften gehöre, ausdrücklich auch der §. 2. erwähnt und bemerkt ist, der §. 1. sei besonders mit Rücksicht auf den im §. 2. von dem Ehemanne Behufs der Widerlegung der Vermuthung des §. 1. verlangten vollständigen Beweis von den Gerichten verschieden ausgelegt worden, so läßt sich auch der Ansicht nicht beitreten, daß der §. 2. keine directe Abweichung vom gemeinen Rechte enthält. Diesseits ist bereits in dem vom Kläger in seiner Appellationsrechtfertigung in Bezug genommenen Erkenntnisse vom 22. November 1853 angenommen worden, daß der §. 2. cit. vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmungen enthalte und da keine Anwendung finde, wo sich die Beurtheilung der Legitimität oder Illegitimität eines Kindes nach dem zur Zeit dessen Geburt geltenden gemeinen Rechte regeln. Dieses

Digitized by Google

Präjudicat betraf zwar die Rechte eines Kindes, welches in Ostpreußen geboren war. Die Geburt desselben war aber vor dem 1. Januar 1802, dem Tage des Aufhörens der Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theils des Allgem. Landrechts in Ostpreußen, erfolgt. Der gegenwärtige Fall liegt daher dem damaligen insofern gleich, als in der Mark, wo hier das Kind geboren ist, die Suspension der gedachten Titel noch fortdauert und als in dieser Materie ostpreußische Provinzialgesetze damals nicht maßgebend waren, und märkisches Provinzialrecht auch jetzt nicht in Betracht kommt. — Dieselbe Frage, um die es sich damals handelte, nämlich: ob die Vorschrift des §. 2. cit., weil sie das gerade Gegentheil eines klaren und unstreitig recipirt gewesenen römischen Gesetzes enthält, für im Sinne des §. VII. des allegirten Publications-Patents suspendirt anzusehen sei? liegt daher auch jetzt zur Entscheidung vor.

Die Richtigkeit der in jenem Erkenntnisse enthaltenen Ausführung in allen ihren Theilen, namentlich soweit sie sich mit auf das Präj. Nr. 1125. stützt, kann zunächst dahin gestellt bleiben. Der daraus als Endresultat gezogenen Annahme, daß der §. 2. cit. zu den suspendirten Stellen der drei ersten Titel des zweiten Theiles des Allgem. Landrechts gehöre, läßt sich aber auch jetzt nur beitreten. Und eben dies gilt auch von dem §. 19. a. a. O. Sieht man nämlich von den Worten im §. 2. „überzeugend nachweisen“ ganz ab, so enthalten der §. 2. in der Festsetzung der gesetzlichen Conceptionszeit des Kindes „auf den Zwischenraum vom 302. bis zum 210. Tage vor dessen Geburt“, nicht minder aber auch der §. 19., lautend:

Ein Kind, welches bis zum 302. Tage nach dem Tode

Digitized by Google

des Ehemannes geboren worden, wird für das eheliche Kind desselben geachtet;

für sich allein schon, nicht nur Abweichungen von, nach Theorie und Praxis geltend gewordenen gemeinrechtlichen Sätzen oder als Entscheidung einer streitigen oder zweifelhaften Rechtsfrage aufzufassende Bestimmungen, sondern Vorschriften, welche das gerade Gegentheil von klaren, unstreitig recipirt gewesenen römischen Gesetzen verordnen. Dies ergiebt sich aus zwei Stellen des Corpus juris civilis, rücksichtlich deren Reception kein Zweifel obwaltet, nämlich aus der l. 12. D. de statu hominum (I. 5.):

> Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse;

und aus der l. 3. §§. 9. 11. 12. D. de suis et legitimis heredibus (XXXVIII. 16.) lautend:

> Utique et ex lege 12. tabularum ad legitimam hereditatem, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus etc. — Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem. — De eo autem, qui centesimo octingentesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum etc.

Dieselben bestimmen unzweideutig das legitimum tempus auf die Zeit von vier Monaten weniger zwei Tagen, also von 118 Tagen innerhalb des Zeitraums vom 182. bis 300. Tage, d. h. bis zum Ablaufe des zehnten Monats, von der Geburt des Kindes zurückgerechnet.

Digitized by Google

Das Allgem. Landrecht dagegen hat die gesetzliche Conceptionszeit eines ehelichen Kindes, auf den Zeitraum vom 210. bis 302. Tage, also von 92 Tagen, vor der Geburt des Kindes, festgesetzt. Hierin liegt eine wesentliche und deutliche Abänderung jener Römischen Gesetze in dreifacher Beziehung, nämlich sowohl in Betreff der Zeitdauer, als auch in Ansehung des Umfangs und hinsichtlich des Endtermins des legitimum tempus. Kann dies aber nicht in Abrede genommen, und ebensowenig in Zweifel gestellt werden, daß die betreffenden Vorschriften materiellen Rechtens sind, so erscheint es an sich einerlei, ob der §. 2, außerdem dadurch, daß er zur Entkräftung der auch nach gemeinem Rechte (l. 5. D. de in jus vocando II. 4.) geltenden gesetzlichen Vermuthung: „Pater is est, quem nuptiae demonstrant," „überzeugenden" Beweis, daß der Mann intra legitimum tempus seiner Frau nicht ehelich beigewohnt habe, erfordert, auch noch eine zweite, materielles Recht enthaltende Vorschrift sanctionirt habe, welche das gerade Gegentheil von klaren recipirten römischen Gesetzen enthält, oder ob dies nicht anzunehmen sein möchte. Hierfür spricht, daß der §. 2. cit. eine zusammenhängende Bestimmung bildet, die sich nicht scheiden läßt, und daß es in hohem Grade bedenklich sein würde, anzunehmen, dieselbe könne theilweise in Anwendung gebracht werden und sei nur theilweise für suspendirt zu achten. Greift die Suspension in Folge der einen darin enthaltenen Rechtsregel Platz, was, wie gezeigt, hinsichtlich der Conceptionszeit der Fall ist, so erscheint vielmehr die Annahme gerechtfertigt, daß der §. 2. zur Zeit seinem ganzen Inhalte nach in der Mark noch keine Geltung habe. Und ist aus gleichem Grunde auch der §. 19.

Digitized by Google

für suspendirt zu achten, so findet dies ebenfalls hinsichtlich des §. 20. statt, weil derselbe bei der Bestimmung: „die Erben des Mannes können die eheliche Geburt eines solchen (NB. bis zum 302. Tage nach dem Tode des Mannes geborenen) Kindes nur innerhalb der Zeit und nur aus den Gründen anfechten, wo und aus welchen der Verstorbene selbst dazu berechtigt sein würde (§§. 2. 3. 4. 7.)", ausdrücklich auch auf die §§. 2. und 7. Bezug nimmt, welche beide, der erste nach der vorstehenden Ausführung, der zweite aber schon nach dem Plenarbeschlusse vom 22. Januar 1844 — Entscheid. IX. S. 43. Präj. Nr. 1392. Samml. I. S. 164. — zu den suspendirten Stellen des Allgem. Landrechts zu rechnen und deshalb in der Mark zur Zeit nicht anwendbar sind.

II. Sollte und könnte aber eine Theilung der im §. 2. cit. enthaltenen Vorschriften in Betreff der Conceptionszeit (des tempus legitimum) und in Betreff des Erfordernisses überzeugenden Beweises für zulässig erachtet werden, so kommt ferner in Betracht, daß diese letztere Bestimmung als eine vom gemeinen Rechte abweichende, materielle Rechtsregel überhaupt nicht angesehen werden kann. Und insofern läßt sich der Ausführung in dem diesseitigen Erkenntnisse vom 2. November 1853, worin, gestützt auf das Präjudiz No. 1125. (Samml. I. S. 163.), das Gegentheil angenommen ist, nicht beitreten. Dieses Präjudiz des ersten Senats vom 11. April 1842 lautet:

> Unter dem hier (im §. 2. cit.) dem klagenden Ehemann zur Pflicht gemachten überzeugenden Nachweise ist ein, nach §§. 9. und 10. Tit. 13. Proc.-Ordn. vollständig geführter Beweis zu verstehen, und es findet die Ergänzung eines unvollständigen Beweises

Digitized by Google

durch Auferlegung eines nothwendigen Eides nicht Statt.

Der darin ausgesprochene, früher schon in Siewert's Materialien Bd. 5. S. 157—162. vertheidigte, und vom Ober-Tribunal in einem Erkenntnisse vom 12. September 1834 (Juristische Zeitung 1834 S. 805.) angenommen gewesene Rechtssatz ist, wie die betreffenden Acten in Sachen des Tagearbeiters H. wider den Stellmacher W. ergeben, durch folgende Gründe motivirt worden:

„Das Gesetz verlangt einen überzeugenden Nachweis, und zwar soll der Kläger diesen Beweis führen. Was unter einem solchen überzeugenden Beweise zu verstehen sei, sagt die Proceß-Ordnung im Tit. 10. §§. 9. ff. Es lautet nämlich der §. 9. also:

Kommt es darauf an, die Wahrheit einer streitigen Thatsache zu beurtheilen, so kann ein dreifacher Fall eintreten: daß entweder dieselbe nach ihrem wahren Zusammenhange bis zur völligen Ueberzeugung ausgemittelt, oder daß sie nur bis zu einem stärkeren oder schwächeren Grade der Wahrscheinlichkeit in's Licht gesetzt worden, oder daß durch die Aufnehmung der Beweismittel keine nähere Aufklärung hat erreicht werden können, sondern die Sache in derjenigen Lage geblieben ist, in welcher sie sich vor dieser Aufnahme befunden hat.

Der §. 10. redet hiernächst von dem ersten dieser drei Fälle, und erklärt „bis zur völligen Ueberzeugung eine Thatsache dann für ausgemittelt, wenn hinlängliche glaubwürdige und unter sich in keinem Widerspruche stehende Beweismittel vorhanden sind." Er führt Beispiele einer solchen bis zur völligen Ueberzeugung gelungenen Beweisführung an und diese sind sämmtlich Fälle eines vollständig geführten Beweises, als: zwei glaubwürdige, mit voller Zuversicht spre-

Digitized by Google

chende Zeugen; der deutliche Inhalt eines öffentlichen, untadligen Documents; die Aussage eines in Eid und Pflicht stehenden Beamten, in Sachen, die sein Amt unmittelbar betreffen u. s. w. Im §§. 11. ff. wird von dem zweiten Falle gehandelt, wo eine Thatsache nur bis zu einem stärkeren oder schwächeren Grade von Wahrscheinlichkeit ausgemittelt worden ist; — und am Schlusse der hierher gehörigen Vorschriften findet sich im §. 24. die Bestimmung, lautend:

> Wenn es den vorhandenen Beweismitteln an vollständiger Glaubwürdigkeit mangelt, bleibt es dem Ermessen der Urtelsfasser überlassen, nach genauer Prüfung der vorhandenen Beweismittel festzusetzen, ob ein Erfüllungs- oder Reinigungseid geschworen werden solle.

Hierauf folgen einige Anweisungen für den Richter, darüber, welcher Partei unter gewissen Umständen vorzugsweise der Eid anzuvertrauen, und im §. 26. ist weiter verordnet: daß nach gleichen Grundsätzen, wie im Falle des §. 24. dann zu verfahren sei, wenn das streitige Factum nicht vollständig oder in seinem ganzen Umfange ausgemittelt werden könne. Hieraus erhellet, daß der nothwendige Eid, der nur ein dem Ermessen des Richters anheim gegebenes Mittel zur Ergänzung eines nicht zur völligen Ueberzeugung des Richters gelungenen Beweises ist, da nicht stattfinden kann, wo das Gesetz von der Partei die Führung eines überzeugenden Beweises fordert. Der erkennende Richter soll in einem solchen Falle überzeugt werden durch die von der Partei selbst beigebrachten Beweise, und er soll nicht erst durch Auferlegung eines Eides den mangelhaften Beweis zu einer formellen Vollständigkeit erheben. Das meint auch der §. 25. a. a. O. im Schlußsatze, wo es heißt:

> „In welchen Fällen übrigens ein vollständiger Beweis erfordert und die Ergänzung desselben durch den Erfüllungs-

Digitized by Google

eid nicht zugelassen werde, ist in den Gesetzen bestimmt (A. L. R. I. 4. §. 50., Tit. 16. §. 106. ff.)"

Denn ein vollständiger Beweis ist eben nach §§. 9. und 10. Tit. 13. Proceß-Ord. nichts anderes, als ein völlig überzeugender, und die Proceß-Ordnung hat es dem materiellen Gesetze überlassen, in den betreffenden Fällen zu verordnen, wo ein vollständiger oder überzeugender Beweis gefordert werden solle. Nur ein Paar Fälle dieser Art sind in den Allegaten aus dem 4. und 16. Titel des ersten Theils des Allgem. Landrechts enthalten, keine vollständige Aufzählung derselben, es fehlt z. B. gleich das Allegat des §. 37. Tit. 14., wonach ein Depositar, der erst zur Zeit der Rückforderung der Sache deren Verlust behauptet, hierüber einen vollständigen Beweis führen und nicht zum Erfüllungseid gelassen werden soll; nicht minder fehlen §. 603. Tit. 12. Thl. I., §§. 1503. 1513. Tit. 8. Thl. II. A. L. R., und noch andere mehr. Einer dieser Fälle ist dann auch der hier in Rede begriffene, da das Landrecht einen überzeugenden Nachweis von dem Ehemanne fordert, der die Aechtheit des von seiner Frau geborenen Kindes anficht. Es ist zwar bekannt, daß hierüber auch abweichende Meinungen vorgetragen worden sind, doch können diese nicht für richtig gelten, wenn man die Vorschriften der Proceß-Ordnung in ihrem oben dargestellten Zusammenhange betrachtet, da hieraus klar hervorgeht, daß die Ausdrücke „überzeugender Beweis" und „vollständiger Beweis" gleichbedeutend sein sollen. Die sogenannte moralische Gewißheit, welche man unter dem überzeugenden Beweise wohl hat verstehen wollen, ist ein allzu unbestimmter Begriff, als daß dieselbe in der Beweistheorie einen Platz finden könnte. Die letztere verlangt überall einen auf bestimmten Thatsachen, die in der gesetzlichen Form erhoben worden sind, sich herausstellenden Beweis, sie läßt ein

Digitized by Google

bloßes Meinen oder Fürwahrhalten des Richters in Stelle des Beweises nicht zu, und es kann am wenigsten in dem hier vorliegenden Falle eine ganz singuläre Ausnahme durch Zulassung einer bloß „moralischen Gewißheit" angenommen werden, wenn man erwägt, daß das Landrecht die Präsumtion für die Legitimität der in der Ehe geborenen (oder erzeugten) Kinder so sehr erweitert hat.

Diese Gründe geben jedoch unter Berücksichtigung der schon von Bornemann in seiner systematischen Darstellung des Preußischen Civilrechts, 2. Ausg. Bd. 5. S. 271. dagegen angeführten Argumente bei anderweiter Erwägung der in Rede stehenden streitigen Frage zu den erheblichsten Zweifeln Veranlassung. Denn

1. wird im §. 2. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. kein „völlig überzeugender", sondern nur ein „überzeugender" Nachweis gefordert; die Worte „überzeugend nachgewiesen" im §. 2. sind aber schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche mit den in den §§. 9. und 10. Tit. 13. Thl. I. A. G. O. gewählten Ausdrücken: „bis zur völligen Ueberzeugung ausgemittelt" und „völlig erwiesen" nicht identisch oder schlechthin gleichbedeutend, und stehen ebenso in einem directen Gegensatze zu den Beweismitteln, „denen es an vollständiger Glaubwürdigkeit ermangelt" im §. 24. Tit. 13.

2. Der Annahme, daß unter dem „überzeugenden" Nachweise im §. 2. cit. ein vollständig geführter Beweis zu verstehen sei, steht aber auch nicht weniger der Sprachgebrauch der Allgem. Gerichts-Ordnung und des Allg. Landrechts entgegen. Denn während der §. 25. Tit. 13. Thl. I. A. G. O. unter Bezugnahme auf das A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §. 50., Tit. 16. §. 106. ff. — Vorschriften, die nur beispielsweise angezogen sind — sagt:

In welchen Fällen übrigens ein vollständiger Beweis er-

Digitized by Google

fordert und die Ergänzung desselben durch einen Erfüllungseid nicht zugelassen werde, ist in den Gesetzen bestimmt, —

sprechen die diesfälligen Bestimmungen des Allg. Landrechts nirgends von dem Erforderniß eines überzeugenden Nachweises, sondern drücken sich so aus:

Thl. I. Tit. 4. §§. 49. 50.: Der angeblich Gezwungene verliert das Recht, sich des Eidesantrages zum Beweise zu bedienen und muß den Einwand auf andere Art vollständig darthun. Auch wird die dem Einwande entgegenstehende rechtliche Vermuthung dergestalt verstärkt, daß zur Ergänzung eines gegen dieselbe nicht vollständig geführten Beweises kein Erfüllungseid stattfinden kann;

Thl. I. Tit. 12. §. 603.: Doch wird dazu (zur Ausmittlung eines durch Zufall verloren gegangenen Testaments oder Codicills) ein vollständiger Beweis erfordert, welcher durch einen Erfüllungseid nicht ergänzt werden kann;

Thl. I. Tit. 14. §. 37. Der Verwahrer (Depositar) muß diesen (den im §. 36. bezeichneten) Nachweis vollständig führen und kann zu dessen Ergänzung zu einem nothwendigen Eide nicht zugelassen werden.

Thl. I. Tit. 16. §. 106. In Ermangelung einer vollständigen Aufklärung der Thatsache soll der Inhaber der Quittung eher zum Reinigungs-, als der Aussteller zum Erfüllungseide zugelassen werden.

Thl. II. Tit. 8. §§. 1503. 1513. Der Schiffer muß die Nothwendigkeit des Darlehns ꝛc. vollständig erweisen und soll darüber zum Erfüllungseide nicht zugelassen werden — resp. muß jede seiner Angaben ꝛc. durch andere rechtliche Beweismittel vollständig dar-

Digitized by Google

thun und kann darüber zum Erfüllungseide nicht zugelassen werden;

Thl. II. Tit. 11. §. 868. Der Zehntpflichtige ꝛc. muß bei entstehendem Streite die Grenzen des zehntfreien Landes vollständig nachweisen.

Thl. II. Tit. 15. §. 203. Bei erfolgtem Verluste undeclarirt zur Post gegebener Briefe oder Packete muß der Aufgeber den Betrag vollständig nachweisen und kann zur bloßen eidlichen Bestärkung nicht zugelassen werden.

Stehen schon diese Momente der Ansicht, daß im §. 2. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. unter dem „überzeugenden" Nachweise ein solcher gemeint sei, zu dessen Ergänzung ein Erfüllungs- oder überhaupt nothwendiger Eid nicht zugelassen werden solle, entgegen, weil die Gesetze, wenn dies nicht statthaft sein soll, sonst immer die Führung eines „vollständigen" Beweises für nothwendig erklären, so kommt wesentlich noch

3. in Betracht, daß der Ausdruck „überzeugend nachgewiesen" im §. 2. cit., wenn man ihn, wogegen das bisher Angeführte spricht, nicht auf die formelle Stärke des Beweises bezieht, dennoch keineswegs eine überflüssige Tautologie enthält, vielmehr ausreichende Bedeutung hat, und, wie sich aus Nachstehendem ergiebt, auch hat haben sollen. Es ist unter dem „überzeugenden" Nachweise nämlich ein, seinem materiellen Inhalte nach, kräftiger, d. h. der Beweis solcher streng concludenter Thatsachen gemeint, welche geeignet sind, dem Richter die Ueberzeugung zu verschaffen, daß der Ehemann der Mutter des Kindes innerhalb dessen Conceptionszeit ehelich nicht beigewohnt habe. Ganz abgesehen von dem Streite darüber, ob der Ehemann, welcher die Illegitimität eines von seiner Ehefrau gebornen Kindes ausführen will, auf den Beweis des Zeugungsunvermögens und

Digitized by Google

der Abwesenheit beschränkt sei, ob das Zeugniß der Mutter beweiskräftig und ob der Beweis, daß dieselbe Ehebruch getrieben habe, von Einfluß sei? — Fragen, zu deren Entscheidung das A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §§. 3—6. besondere Vorschriften enthält und von denen die erste Frage durch den Plenarbeschluß vom 5. September 1842, Präjudiz Nr. 1181b. (Entscheid. Bd. 8. S. 73. ff.) verneinend beantwortet worden ist, herrschte, wie bereits in dem oben allegirten Präjudicate vom 2. November 1853 nachgewiesen ist, zur Zeit der Redaction des Allgem. Landrechts in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis auch darüber Meinungsverschiedenheit, welche Thatsachen zum Beweise überhaupt, d. h. dazu geeignet seien, dem Richter die Ueberzeugung zu verschaffen, daß ein in rechtmäßiger Ehe erzeugtes und gebornes Kind dennoch ein eheliches sei. In der l. 6. D. de his, qui sui vel alieni juris sunt (I. 6.) sagt Ulpian:

filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placuit nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevolà probat, si constet, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

Durch diesen Ausspruch Ulpian's war, namentlich durch die Worte „verbi gratia per decennium — assidue — aliquamdin — si constet — vel alia causa — dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gelassen, was die Ver-

Digitized by Google

anlassung gab, daß Leyser med. ad. Pand. sp. 260. med. 4. und sp. 322., sowie Cocceji jus contr. civ. ad. D. lib. I. Tit. 6. Nr. VII. zur Entkräftung der für die eheliche Geburt des Kindes streitenden Vermuthung den Beweis von Thatsachen für zulässig und erheblich erachteten, welche bloße Muthmaßungen und s. g. praesumtiones hominis zu begründen geeignet sein konnten. Andere Rechtslehrer erklärten sich aber gegen diese Meinung. So verlangten Hellfeld, jurispr. §. 139. ein „clare doceri contrarium," Hofacker, princip. jur. civ Rom. Germ. I. §. 549. ein „probare contrarium per evidentiam facti," Schott, Eherecht §. 185. „tüchtigen Gegenbeweis." In Berücksichtigung dieser abweichenden Ansichten darf man nicht fürchten, fehlzugreifen, wenn man annimmt, daß die Redactoren des Allg. Landrechts der Meinung von Leyser und Cocceji haben entgegentreten und durch die Worte „überzeugend nachweisen" im §. 2. c. dasselbe habe ausdrücken wollen, was Hellfeld, Hofacker und Schott durch die gebrauchten Worte „clare doceri" — „probare per evidentiam facti" — „tüchtigen Gegenbeweis" gemeint haben. Diesen Worten läßt sich aber

4. auch nicht der Sinn unterlegen, daß dadurch die Unzulässigkeit eines nothwendigen Eides habe ausgedrückt werden sollen. Denn das Römische Recht erklärt, ganz abgesehen von der durch die Worte „in omnibus rebus" und „quacunque actione quis conveniatur" in l. 34. pr. l. 3. §. 1. D. de jurejur (XII. 2.) aufgestellten generellen Regel in der l. 3. §. 2. cit. den Eid zur Feststellung „de conditione personae, utputa in potestate mea te non esse" ausdrücklich für statthaft, und während die gemeinrechtliche communis opinio auf Grund dessen einen Eidesantrag auch in Processen über Statutsfragen für zulässig erachtet und an

Digitized by Google

dem Principe, daß in allen Sachen, in denen ein Hauptеid deferirt werden könne, auch auf einen nothwendigen Eid erkannt werden dürfe, festgehalten hat, ist nicht bekannt; daß die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis ausnahmsweise zur Ergänzung des gegen die Vermuthung pro legitimatione filii nicht vollständig geführten Beweises keinen Erfüllungseid für zulässig gehalten habe. Es läßt sich schon deshalb nicht annehmen, daß die Redactoren des Allg. Landrechts beabsichtigt haben möchten, eine solche Ausnahmebestimmung in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, noch weniger aber, daß, wenn dies wirklich der Fall gewesen wäre, sie, abweichend von der, wie oben unter Nr. 2. nachgewiesen, sonst gewählten bestimmten, jeden Zweifel abschneidenden Ausdrucksweise, gerade im §. 2. cit. sich des ungewöhnlichen, durch seine Unbestimmtheit jedenfalls verschiedener Auslegung fähigen Ausdrucks „überzeugend nachweisen" bedient haben sollten. Nach allem Dem kann es sich nur noch fragen: ob nach den sonstigen Regeln des Preußischen Processes in Illegitimitäts-Processen der nothwendige Eid zur Ergänzung von Widerlegungen eines Behufs Entkräftung der für die Legitimität eines Kindes nicht bis zur völligen Ueberzeugung des Richters erbrachten, also nach den Vorschriften der §§. 9. 10. Tit. 13. Thl. I. A. G.-O. nicht vollständig geführten Beweises für unzulässig erklärt sei? Dies muß jedoch verneint werden. — Nach Preußischem Proceß werden Eide, die eine Partei von der anderen, und die der Richter von einer Partei erfordert, unterschieden und letztere im Gegensatze von den als deferirte Eide bezeichneten Eiden der ersteren Art, nothwendige genannt. — Allg. Ger. Ordn. Thl. I. Tit. 10. §§. 250. 251. 252. fg. — Und es gilt, wie gemeinrechtlich, dabei im Allgemeinen die Regel, daß überall, wo ein (freiwilliger) deferirter Eid zulässig ist, auch auf einen

Digitized by Google

nothwendigen Eid erkannt werden könne; und ebenso ist in der Regel die Entscheidung darüber, ob und von welchem Theile ein nothwendiger Eid geschworen werden solle, lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen. Nach §. 252. cit. soll aber der Beweis durch Eidesdelation ausnahmsweise nur in den Fällen, wo dies besondere Gesetze bestimmen, nicht zulässig sein. Wenn nun auch der dabei allegirte §. 107. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. nur beispielsweise angeführt ist, so bestimmen doch die Preußischen Gesetze, was auch durch das Präjudiz Nr. 1320 (Samml. I. S. 163.) implicite anerkannt ist, abgesehen von den in der Verordnung vom 28. Juni 1844 und im Gesetze vom 24. April 1854 angeordneten Beschränkungen, nirgend, daß zum Beweise von streitigen, Statutsfragen betreffenden Thatsachen, die Eideszuschiebung nicht statthaft sein solle.

Allerdings erleidet die obige Regel nach §. 25. Tit. 13. Thl. I. A. G. O. für diejenigen Fälle eine Ausnahme, in welchen nach Bestimmung der Gesetze ein vollständiger Beweis erfordert und die Ergänzung desselben durch den Erfüllungseid nicht zugelassen wird. Allein, wenn auch die im §. 25. allegirten gesetzlichen Vorschriften, wie oben unter II. 2. nachgewiesen ist, nicht die einzigen diesfälligen gesetzlichen Bestimmungen sind, so gehört doch zu den solche Ausnahmefälle betreffenden Gesetzen, wie gezeigt, der §. 2. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. überhaupt nicht, weshalb selbst wenn dieser Paragraph im vorliegenden Falle nicht für suspendirt zu erachten, und in der Mark zur Anwendung zu bringen wäre, an dem in dem Präjudiz Nr. 1125 aufgestellten Rechtssatze nicht festgehalten werden kann.

(Es ist dann ausgeführt, daß nach dem Resultate der Beweisaufnahme der Kläger zum Erfüllungseide für seine Behauptung, daß der am 25. August 1863 gestorbene Ar-

Digitized by Google

beitsmann H. seiner Ehefrau, der Mutter des Verklagten, in der Zeit vom 26. Juli 1863 bis zu seinem Tode ehelich nicht beigewohnt habe, zu verstatten gewesen sei.)

№ 24.

Tragung der Kosten, in Prozessen minderjähriger Hauskinder.

Ist ein Vater verpflichtet, für seine in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Kinder Proceßkosten aus eigenen Mitteln zu bezahlen?

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 187. Tit. 2. §§. 62. ff. 109. 186.

Rescript vom 28. April 1821 (v. Kamptz Jahrb. Bd. 17. S. 27.)

Die minderjährige, unter väterlicher Gewalt stehende Emilie R., verlobte sich unter Zustimmung der beiderseitigen Väter mit einem Eigenthümer R., wurde von diesem während des Brautstandes geschwängert und klagte im Beistande ihres Vaters wider ihren Schwängerer wegen Entschädigung für sich selbst und wegen Alimentation ihres Kindes. Sie erstritt auch in dritter Instanz ein günstiges Erkenntniß, wurde indeß zu einem Theile der Kosten verurtheilt. Diese Kosten hat die Salarien-Casse des Kreisgerichts zu Schrimm von dem Vater der Emilie R., dem Müller R., eingefordert, zum Theil auch eingezogen, wegen des Restes aber eine Beschlagnahme ausgebracht. Der R. klagte nun gegen die Salarien-Casse auf Befreiung von den Kosten, bezüglich Er-

Digitized by Google

stattung der gezahlten und Aufhebung der Beschlagnahme wegen der rückständigen. Er ist in erster Instanz abgewiesen, hat dagegen in zweiter Instanz ein günstiges, die Salarien-Casse nach dem Klageantrage verurtheilendes Erkenntniß erstrittten. In den Gründen desselben ist unter Bezugnahme auf ein Ministerial-Rescript vom 28. April 1821 allgemein der Satz aufgestellt, daß ein Vater für seine minderjährigen Kinder Proceßkosten nicht zu bezahlen habe.

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde der verklagten Salarien-Casse ist dieses Erkenntniß durch Urtel des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 20. Januar 1868 vernichtet und sodann in der Sache selbst das erste, den Kläger abweisende Erkenntniß bestätigt worden. In den

Gründen

heißt es:

In wiefern die den Einwand der Unstatthaftigkeit des Rechtsweges zurückweisende Entscheidung des vorigen Richters mit Erfolg angegriffen worden, kann dahin gestellt bleiben, da der Angriff in der Hauptsache begründet ist, und zur Vernichtung des angefochtenen Erkenntnisses führt und über den Antrag der Implorantin, das erste, den Kläger in der Sache selbst abweisende Erkenntniß zu bestätigen, in keinem Falle hinausgegangen werden konnte.

Der Kläger hat, wie der Appellations-Richter selbst anerkennt, nicht als ein vom Staate bestellter Vormund, sondern als natürlicher Vertreter, also vermöge eigenen angeborenen Rechtes und eigener, daraus entspringender Verpflichtung, als Vater seiner in väterlicher Gewalt befindlichen minorennen Tochter deren Rechte in jenem Vorprocesse verfolgt. Es mag nun richtig sein, worauf der vorige Richter das entscheidende Gewicht legt, daß keine ausdrückliche und bestimmte gesetzliche Vorschrift den Kläger verpflichtet, die Kosten eines

Digitized by Google

solchen, für sein Kind geführten Processes, auch aus eigenen Mitteln zu tragen, Implorantin hat auch Verletzung eines solchen ausdrücklichen Gesetzes nicht gerügt; es ist aber unrichtig, wenn der Appellations-Richter aus dem Mangel eines ausdrücklichen Gesetzes folgert, daß eine Verpflichtung für den Vater nicht besteht und er aus diesem Grunde die Verklagte für nicht berechtigt erklärt, die Kosten jenes Vorprocesses zu tragen, soweit sie der Tochter dort auferlegt sind. Denn mit Recht macht Implorantin dem vorigen Richter zum Vorwurfe, die Grundsätze über das Wesen der väterlichen Gewalt verkannt und damit die §§. 62. 74. 75. 109. 186. Thl. II. Tit. 2. des A. L. F. verletzt zu haben.

Nach §. 62. l. c. stehen Kinder vorzugsweise unter väterlicher Gewalt. In dem Wesen derselben liegt aber die völlige Abhängigkeit des Kindes von dem Willen und der Verfügung des Vaters, nicht bloß bezüglich der Person, sondern auch des Vermögens, indem der Vater nach §§. 74. 75. 109 über die Erziehung und die künftige Lebensart des Kindes zu befinden hat, ihm auch der unbeschränkte Nießbrauch von dem nicht freien Vermögen des Kindes zusteht. Aus dieser Unselbstständigkeit des Kindes und seiner Abhängigkeit von dem Willen des Vaters, aus dem Recht und der Pflicht des Vaters zur Vertretung des Kindes nach Außen, als eines Theils des angeborenen privatrechtlichen Schutzverhältnisses, entspringen Lasten und Pflichten, und es folgt mit Nothwendigkeit auch die Verbindlichkeit des Vaters zur Uebernahme der damit in Verbindung stehenden Kosten und Ausgaben aus eigenen Mitteln, soweit das von ihm in dieser seiner Eigenschaft vertretene Kind diese nicht besitzt. Wenn diese Verpflichtung des Vaters im Gesetze nicht in gleicher Weise ausdrücklich festgesetzt worden, wie es bei dem Ehemanne hinsichts der die Frau betreffenden Proceßkosten im

Digitized by Google

§. 187. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. geschehen, so liegt der Grund offenbar in dem wesentlich weniger abhängigen Verhältnisse der Ehefrau zu ihrem Ehemanne; es ist hier nicht für so selbstverständlich angesehen, wie bei dem Verhältnisse des Vaters, seinem Kinde gegenüber. Es wäre aber vollkommen unerfindlich, weshalb hier nicht ebenso zu den Kosten des Unterhalts des Kindes auch die Cur- und Proceßkosten gerechnet werden sollten, wie im Falle des §. 187. bei der Frau. Es ist in diesem §. 187. ein Grundsatz ausgesprochen, dessen Anwendung auf das analoge Verhältniß des Vaters zu seinem Kinde nicht zweifelhaft sein kann.

Der Ausführung des Appellations-Richters steht auch die Bestimmung des §. 126. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. entgegen, nach welcher ein Vater durch die vermöge seines Auftrages, seiner Genehmigung, oder in seinem Interesse unternommenen Handlungen seines Kindes verpflichtet wird. Zwar ist dem Appellations-Richter darin beizutreten, daß diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall in sofern nicht paßt, als hier der Proceß nicht im Auftrage oder mit Genehmigung des Klägers von seiner Tochter angestrengt und geführt ist, sondern umgekehrt von dem Vater als Vertreter und im Interesse seiner Tochter. Wenn aber Letzterer durch die mit seiner Genehmigung vorgenommenen Handlungen seiner Tochter verpflichtet werden konnte, so muß auch angenommen werden, daß er es ebenso wird, wenn er selbst als Vertreter seines Kindes eine solche Handlung vorgenommen, die unbestritten auch zu seinem Nutzen gereicht. Wenn endlich der Appellations-Richter zur Begründung seiner Ansicht auf das Reſcript des Justiz-Ministers vom 28. April 1821 Bezug nimmt, so geräth er mit seiner eigenen Annahme in Widerspruch, daß Kläger gar nicht als Vormund, sondern als gesetzlicher Vertreter seiner Tochter den Vorproceß geführt hat. Denn die

Digitized by Google

in jenem Reſcripte ausgeſprochene Anſicht, daß ein Vater für die Koſten eines von ihm für ſein Kind geführten Proceſſes nicht verpflichtet ſei, beruht auf der hier nicht zutreffenden Vorausſetzung, daß der Vater als Vormund ſeines Kindes zu betrachten. In dem Plenarbeſchluſſe des Ober-Tribunals — Entſcheidungen Bd. 29. S. 34. — iſt bereits ausgeführt, daß ein Vater auf die Vorrechte eines Vormundes keinen Anſpruch habe, ſofern nicht eine Vormundſchaft wirklich eingeleitet worden. Das angefochtene Erkenntniß des Appellations-Richters war daher zu vernichten. In der Sache ſelbſt ergiebt ſich gleichzeitig aus obiger Ausführung, daß Kläger allerdings die Proceßkoſten für ſeine Tochter bei deren unbeſtrittenem Unvermögen zu zahlen verbunden iſt. Das Erkenntniß erſter Inſtanz, durch welches er mit ſeinen auf Befreiung von dieſer Verpflichtung gerichteten Anträgen abgewieſen iſt, war daher zu beſtätigen.

№ 25.

Provinz Weſtphalen. Vermögens-Uebertrags-Verträge.

Findet gegen Uebertragsverträge, durch welche in Gütergemeinſchaft lebende Eheleute, ſchon bei Lebzeiten, ihr geſammtes Vermögen einem ihrer Kinder gegen Uebernahme der Laſten und Schulden und gegen die

Digitized by Google

bestimmte Abfindung der übrigen Kinder unter Vorbehalt des Nießbrauchs, eigenthümlich übertragen, in der Provinz Westphalen und insbesondere nach den Grundsätzen der Minden-Ravensberg'schen Gütergemeinschaft, die Anfechtungsklage wegen Verletzung im Pflichttheile Statt?

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §. 656., Thl. II. Tit. 2. §§. 378. ff.

Die vorstehende Frage ist in Sachen des Colonen F. wider den Heuerling P. durch Urtel des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 20. April 1868, auf die gegen das Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Paderborn vom 5. Juli 1867 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, verneinend entschieden worden, aus folgenden, auch die Darstellung des Sachverhältnisses enthaltenden

Gründen.

Durch gerichtlichen Vertrag vom 23. April 1862 haben die demnächst verstorbenen Eheleute F., welche in der Minden-Ravensberg'schen Gütergemeinschaft lebten, ihrem jüngsten Sohne, Herrmann Heinrich, ihr gesammtes Vermögen mit Ausnahme der Erbpachtsstätte Nr. 21. O. übertragen. Sie reservirten sich hierbei ausdrücklich den vollständigen Nießbrauch des gesammten übertragenen Vermögens und zwar auf so lange, als einer von ihnen lebe, erklärten jedoch, von heute ab, das obige Vermögen im Namen ihres gedachten Sohnes besitzen zu wollen, hielten dadurch die Uebergabe des übertragenen Vermögens für erbracht und bewilligten, daß der Besitztitel des Colonats Nr. 8. O. auf den Namen des Gutsübernehmers im Hypothekenbuche umschrieben werde. Dagegen übernahm der Sohn, der jetzige Verklagte, als Kauf-

Digitized by Google

preis sämmtliche Lasten, Abgaben und Schulden und verpflichtete sich, seinen Geschwistern bestimmte Abfindungen, welche erst ein Jahr nach dem Tode beider Eltern fällig werden sollten, und namentlich der Tochter Anna Margarethe eine Abfindung von 400 Thlr. zu entrichten. Der Ehemann der letzteren, Heinrich P., hiermit nicht zufrieden, hat gegen seinen Schwager Klage erhoben, die Legung eines eidlich zu bestärkenden Inventars über das demselben übertragene Vermögen und die Anerkennung, daß der Ehefrau des Klägers von dem Betrage dieses Vermögens (bei acht Geschwistern des Verklagten) zwei siebenundzwanzigstel als Pflichttheil gebühren, verlangt, und das Appellationsgericht zu Paderborn hat, unter Abänderung des ersten, die Klage abweisenden Urtels des Kreisgerichtes zu Herford, vom 3. April 1867, durch sein, am 5. Juli ej. erlassenes Erkenntniß, den Verklagten nach dem Antrage des Klägers verurtheilt. Dasselbe hält diesen Antrag nach §§. 391. 392. 432. 433. Thl. II. Tit. 2. A. L. R., Thl. I. Tit. 9. §. 440., Proceß-Ordnung Tit. 22. §§. 28. 29. Nr. 3. begründet, indem es ausführt:

Der Vertrag vom 23. April 1862 kündige sich ausdrücklich als Uebertragsvertrag an, erstrecke sich auf das ganze Vermögen, einschließlich aller Schulden und sei daher ein Universalvertrag. Nach dem Herkommen gelte jede, auch nur theilweise Vermögensübertragung, sobald sie von den Eltern in Rücksicht auf künftige Erbfolge erfolgte, rücksichtlich aller Kinder als ein gültiger Uebertragsvertrag und sei unter diesen als eine anticipirte Erbfolge-Regulirung anzusehen. Ein solches Herkommen sei auch in dem neuen ehelichen Güterrechte für die Provinz Westphalen vom 16. April 1860 §. 3. Alinea 3. (cfr. Motive dazu) ausdrücklich aufrecht erhalten. Der §. 656. Thl. I. Tit. 12. A. L. R., der solche Ueber-

Digitized by Google

tragsverträge mit den Kindern im Allgemeinen als Verträge unter Lebendigen bezeichne, schließe daher das Provinzial-Herkommen bei bestehender Gütergemeinschaft nicht aus. Im vorliegenden Falle könne darüber um so weniger Zweifel sein, da die Abtretung des Vermögens erst mit dem Tode der beiden übertragenden Eheleute F., die sich bis zum Tode des letztlebenden den vollständigen Nießbrauch vorbehielten, in Wirksamkeit treten sollte, da gleichzeitig die Abfindung der übrigen Kinder von dem übertragenen Vermögen erst nach dem Tode der Eltern (ein Jahr nachher) zu zahlen war. Der Uebertragsvertrag habe daher ganz die Natur einer letztwilligen Disposition zwischen Eltern und Kindern im Sinne des §. 378. ff. Theil. II. Tit. 2. A. L. R. und es müßten dafür in Ansehung der Rechte der Kinder die Grundsätze über letztwillige Verordnungen zur Richtschnur dienen.

Der Implorant rügt, daß der vorige Richter die Natur und den wesentlichen Charakter des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts verkannt (Nichtigkeit nach Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839) und den §. 656. Thl. I. Tit. 12. A. L. R., sowie alle übrigen von demselben in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen und den dahin anzuerkennenden Rechtsgrundsatz verletzt habe:

Gegen Verträge, durch welche in Gütergemeinschaft lebende Eheleute ihr Vermögen schon bei Lebzeiten einem ihrer Kinder, unter Festsetzung von Abfindungen für die übrigen, abtreten, steht den Kindern die Anfechtungsklage, wegen Verletzung im Pflichttheile, nicht zu. Dies gilt auch nach Westphälischem Provinzialrechte und insbesondere nach den Grundsätzen der Minden-Ravensberg'schen Gütergemeinschaft.

Dieser Angriff ist für begründet zu erachten. Denn dem vorigen Richter fällt allerdings der Vorwurf einer Ver-

Digitized by Google

kennung der Natur und des wesentlichen Charakters des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts und eine Verletzung des §. 656. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. zur Last, indem er den Uebertragsvertrag vom 23. April 1862 als eine letztwillige Disposition zwischen Eltern und Kindern betrachtet hat, da solcher doch sowohl nach seinem Inhalte, als nach §. 656. l. c., lautend:

> Verträge, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten, sind bloß als Verträge unter Lebendigen anzusehen,

immer nur als ein Vertrag und zwar nur als ein Vertrag unter Lebendigen anzusehen ist. Als Testament und als dispositio parentum inter liberos, nach §§. 378. ff. Thl. II. Tit. 2. A. L. R., ist er schon deshalb nicht zu betrachten, weil die Eltern ihrem Sohne, dem Verklagten, ihr Vermögen, namentlich auch ihr Colonat Nr. 8. O. vertragsmäßig übereignet, also eigenthümlich schon bei ihrem Leben und zwar durch die Erklärung, von nun an für ihn zu besitzen, sowie durch den bloßen Vorbehalt ihres lebenslänglichen Nießbrauchs (A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 71. 72.) sofort übertragen und abgetreten haben, und sie also an diese Verabredung, als Vertrag, gebunden waren. Diese wesentliche Bestimmung des Vertrages hat der Richter erster Instanz in seine Darstellung des Sachverhältnisses vollständig aufgenommen und der vorige Richter hat auf diese Darstellung ausdrücklich Bezug genommen. Es ist daher, selbst abgesehen von der Verletzung des §. 656. l. c., keineswegs richtig, wenn der Implorat behauptet, daß die Nichtigkeitsbeschwerde an der thatsächlichen Feststellung des vorigen Richters, nach welcher der Vertrag erst mit dem Tode beider Eltern in Wirksamkeit treten solle, scheitere. Um dem Vertrage die Natur einer letztwilligen Disposition, oder einer

Digitized by Google

Verordnung von Todeswegen beilegen zu können, würde derselbe nur als Erbvertrag aufzufassen sein. Er ist aber auch schon deshalb als Erbvertrag nicht anzusehen, weil wenigstens die Proprietät des übertragenen Vermögens sofort und nicht erst mit dem Tode der Eltern auf den Uebernehmer gegen die vertragsmäßig übernommenen Verpflichtungen überging. Zudem steht der Auffassung des Uebertragsvertrags als Erbvertrag die deutliche Bestimmung des §. 656. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. entgegen. Der Appellations-Richter will zwar die Anwendung dieser Bestimmung durch ein provinzielles Herkommen, nach welchem man solche Uebertragsverträge, bei bestehender Gütergemeinschaft, als eine anticipirte Erbfolge-Regulirung angesehen habe, als ausgeschlossen betrachten. Allein theils ist dieser Auffassung solcher Verträge, als anticipirter Erbfolge, nicht die Natur eines der provinziellen Gütergemeinschaft eigenthümlichen Herkommens beizulegen, da sie, wenngleich in Westphalen allerdings üblich, sich auch in anderen Ländern des deutschen Rechts geltend gemacht hat und deren Berechtigung von den Germanisten anerkannt oder auch bestritten worden ist. (cfr. Motive des Plenarbeschlusses vom 4. Juni 1866 — Entscheidungen Bd. 55. S. 285.) — Theils folgt daraus nichts für die Nichtanwendbarkeit des §. 656. l. c. und für die Annahme, daß ein solcher Vertrag als Verordnung von Todeswegen namentlich als Erbvertrag, zu betrachten sei. Theils und hauptsächlich endlich folgt aus den Eigenthümlichkeiten solcher Verträge keineswegeS, daß den gesetzlichen Pflichttheilsberechtigten dagegen eine Klage auf den Pflichttheil und Ergänzung desselben zustände. Namentlich kann hierfür nicht geltend gemacht werden, daß nach dem neueren Gesetze vom 16. April 1860 §. 3. Abs. 3. bestimmt worden ist:

Verträge, durch welche das gemeinschaftliche Vermögen ganz

Digitized by Google

oder theilweise schon bei Lebzeiten der Eheleute in Rücksicht auf eine künftige Erbfolge abgetreten wird (Uebertragsverträge) können nur von beiden Eheleuten gemeinschaftlich geschlossen werden.

Denn diese Beschränkung der maritalischen Dispositionsbefugnisse, wenn sie auch darin ihr Motiv gefunden, daß solche Verträge als anticipirte Erbverfügungen ihrem Sinne und Zwecke nach zu betrachten seien, charakterisirt solche Verträge doch auf keine Weise als letztwillige Verfügungen, noch weniger ist darin ein Anhalt für die Ansicht zu finden, daß wenn, wie hier, beide Eheleute gemeinschaftlich einen solchen Uebertragsvertrag geschlossen haben, einem Kinde hiergegen die Pflichttheilsklage zustände. Es fehlt überhaupt an einer gesetzlichen Norm für die Annahme der Zulässigkeit einer Pflichttheilsklage gegen solche gemeinsame Vermögensübertragungen. Daß eine solche Pflichttheilsklage, außer dem Falle einer donatio inofficiosa, also gegen die hier in Rede stehenden Uebertragsverträge nach gemeinem deutschen Rechte nicht zulässig sei, ist in einem Falle, wo das gemeine Recht zur Anwendung kam, durch drei gleichlautende Urtel und namentlich durch das Urtel des Ober-Tribunals vom 10. September 1838 — Neues Archiv (Arnsberger) Bd. V. S. 348—358 und 562 — bereits angenommen und ausführlich entwickelt worden. Ein über diese Frage sich verhaltendes Provinzialrecht, welches für den vorliegenden, nach den Grundsätzen der Minden-Ravensberg'schen ehelichen Gütergemeinschaft zu beurtheilenden Rechtsfall maaßgebend sein könnte, ist nicht nachzuweisen und der vorige Richter wendet ebenfalls, nachdem er den Vertrag für eine letztwillige Disposition erachtet, nur die Vorschriften des A. L. R. Thl. II. Tit. 2. über den Pflichttheil und die Pflichttheilsklage §§. 391. 392. 432. 433. auf den vorliegenden Fall an. Das

Digitized by Google

Allgemeine Landrecht kennt nun zwar auch eine Klage der nothwendigen Erben wegen Verkürzung im Pflichttheile, wegen einer bei Lebzeiten der Eltern vollzogenen Schenkung, nach näherer Vorschrift des §. 1113. Thl. I. Tit. 11. A. L. R., ein Fall, welcher hier nicht vorliegt. Dagegen setzen die §§. 391. ff. 432. ff. nothwendig eine über den Nachlaß des Erblassers getroffene letztwillige Verfügung (§§. 383. ff.) voraus, und da eine solche in dem vorliegenden, unter Lebendigen abgeschlossenen Uebertragsvertrage nicht gefunden werden kann, so hat der vorige Richter auch jene Vorschriften mit Unrecht auf den vorliegenden Fall in Anwendung gebracht. Das Ober-Tribunal hat die Eigenthümlichkeit der Uebertragsverträge nach verschiedenen Richtungen anerkannt.

Nach dem Plenarbeschlusse vom 25. August 1846 (Entscheid. Bd. 14. S. 68.) ist das Klagerecht der beim Vertrage nicht zugezogenen Abfindlinge gegen den Annehmer auch bei einem bloßen Gutsüberlassungsvertrage gestattet; durch die Präjudize Nr. 1008. und 2060. ist ferner auf den Grund des Anhangs §. 19. zum A. L. R. die unmittelbare Haftbarkeit des Uebernehmers eines Vermögensinbegriffes für die Schuldverbindlichkeiten des Uebertragenden ausgesprochen worden. In den Motiven des auf den letztgedachten Grundsatz wesentlich gegründeten Plenarbeschlusses vom 4. Juni 1866 ist ebenfalls anerkannt worden, daß, wenngleich die hier in Rede stehenden Uebertragsverträge nicht als wirkliche Erbverträge und Dispositionen von Todeswegen anzusehen seien, die sehr übliche Bezeichnung derselben, als eine anticipirte Erbfolge jedoch insofern eine Berechtigung habe, als dadurch ein eigenthümliches vaterländisches Rechtsinstitut bezeichnet werde, welches nach der Absicht der Contrahenten in Ansehung des übertragenen Vermögens die Stelle einer Uebertragung auf den Todesfall und einer Theilung desselben unter

Digitized by Google

die gesetzlichen Erben vertreten solle, welches also auch die Eigenschaft der Erben wesentlich berücksichtige. Es diene diese Bezeichnung zur gehörigen Unterscheidung solcher Verträge von anderen Veräußerungs-Verträgen und Verträgen unter Lebendigen überhaupt. Diese Betrachtung kann aber auf keine Weise zu der weiteren Folgerung berechtigen, daß diese Verträge, eben wegen ihrer Bedeutung und damit verbundenen Intention der Contrahenten als Dispositionen von Todeswegen anzusehen und daher der Anfechtung durch Pflichttheilsklagen unterworfen seien, was sie als Verfügungen unter Lebenden in der That nicht sind. Im Gegentheil erfolgen solche Uebertragungen bei Lebzeiten der Eltern, namentlich bei bäuerlichen Besitzern, bekanntlich zu dem Ende, um das Vermögen, insbesondere ihren Grundbesitz, auf eins der Kinder, unter billiger Abfindung der übrigen Kinder, ungeschmälert übergehen zu lassen. Indem sie sich selbst ihres Eigenthumsrechts entäußern, treffen sie solchergestalt schon bei ihrem Leben über ihr Vermögen Verfügungen, welche eben deshalb, weil sie unter Lebenden und nicht von Todeswegen getroffen sind und weil den Kindern an diesem Vermögen noch keine Rechte zustehen, gegen die Anfechtung durch Pflichttheilsklagen gesichert sind.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß das vorige Erkenntniß wegen der gerügten Verletzung von Rechtsgrundsätzen der Vernichtung nach 17. der Verordnung vom 14. December 1833, unter gleicher Vertheilung resp. Compensation der Kosten dieses Verfahrens, unterliegt.

In der Sache selbst folgt aus der obigen Ausführung zugleich die Bestätigung des ersten Erkenntnisses, wodurch der Kläger mit seiner Pflichttheilsklage, wesentlich aus denselben Gründen, abgewiesen worden ist.

Digitized by Google

№ 26.

Verweigerung der Annahme des gemietheten Gesindes in den Dienst.

Auch bei verweigerter Annahme zum Dienste muß das Gesinde, resp. der Hausofficiant, sich zuvor an die Polizei-Obrigkeit wenden, ehe von ihm auf Entschädigung geklagt werden kann. Präj. 709.

Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 §§. 47. 48. 160—164. (Ges.-S. S. 101).

Der obenstehende Grundsatz ist schon in einem am 5. August 1839 ergangenen Erkenntnisse des damaligen dritten Senats des Ober-Tribunals angenommen und in das Präjudicienbuch eingetragen worden, aber in der gedruckten Präjudicien-Sammlung, wohl nur aus einem Versehen, nicht mitgetheilt, später ist derselbe in den Gründen des Plenarbeschlusses vom 11. December 1846 angeführt worden (Entscheid. Bd. 14. S. 82.).

Die Richtigkeit desselben wurde in einem neuen Falle wieder in Zweifel gezogen und in der Proceßsache des Försters O. wider den Grafen M. in dem Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Wreschen vom 30. October 1866, die Nothwendigkeit der vorgängigen Anrufung der Polizeibehörde durch den Hausofficianten, welchem der Dienstherr die Annahme

Digitized by Google

in den Dienst verweigert hatte, verneint, dagegen vom Appellationsgericht zu Posen, durch dessen Urtel vom 27. Mai 1867, die Vermittelung der Polizeibehörde für erforderlich erachtet, und, weil dieselbe nicht in Anspruch genommen war, der erhobene Entschädigungs-Anspruch zurückgewiesen.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat, auf die vom Kläger gegen das zweite Erkenntniß eingelegte Revision, dieses Erkenntniß unter dem 27. Januar 1867 bestätigt, unter Anschluß an die Motive der älteren Entscheidung, aus nachstehenden

Gründen.

Der Verklagte hat dem Kläger den Einwand entgegengesetzt, daß seine dienstliche Stellung nach Inhalt des Vertrages vom 1. Juli 1866 nur die eines Hausofficianten gewesen sei und er deshalb, weil er die polizeiliche Vermittlung nicht nachgesucht, das Recht auf Entschädigung eingebüßt habe. Kläger hat wenigstens in den beiden ersten Instanzen nicht bestritten, die Anrufung der Polizeibehörde unterlassen zu haben, wohl aber behauptet, daß er dazu nicht verpflichtet gewesen sei. In dieser Beziehung ist ihm das Urtel erster Instanz beigetreten das zweite Erkenntniß dagegen entgegengesetzter Meinung, und diese letztere muß auch gebilligt werden.

Die Allgemeine Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 verordnet im §. 160.:

> Eine Herrschaft, die aus anderen als gesetzmäßigen Ursachen, das Gesinde vor Ablauf der Dienstzeit entläßt, muß von der Obrigkeit dasselbe wieder anzunehmen und den Dienstvertrag fortzusetzen, angehalten werden.

Weigert sich die Herrschaft der Wiederannahme beharrlich, so muß sie nach §§. 161. und 162. Lohn, Kost und Livré auf die noch rückständige Dienstzeit entrichten; dagegen ist, wenn die Herrschaft sich zur Wiederannahme des Gesindes be-

Digitized by Google

reit erklärt, nach §. 164. das Gesinde auch verpflichtet, in den Dienst wieder einzutreten, und wenn es dies versagt, kann es gar keine Vergütung fordern, es sei denn, wie §. 165. hinzufügt, daß das Gesinde einen solchen Grund dieser Weigerung nachweiset, wegen dessen es seines Ortes zur Verlassung des Dienstes berechtigt sein würde.

Auf Grund dieser Vorschriften steht es schon längst judicando fest, daß, da unter der im §. 160. genannten Obrigkeit die Polizeiobrigkeit zu verstehen ist, die Unterlassung der Nachsuchung der polizeilichen Vermittelung Seitens des Gesindes, den Verlust des Entschädigungsanspruches für das, ohne gesetzmäßigen Grund, vor Ablauf der Dienstzeit entlassene Gesinde, nach sich ziehet, und das Präjudiz 2098. hat nur dem entlassenen Gesinde gestattet, die polizeiliche Hülfe während der ganzen vertragsmäßig bestimmten Dauer der Dienstzeit anzurufen. (Samml. 1. S. 318.) Ganz dasselbe gilt von den im A. L. R. Thl. II. Tit. 5. §§. 177. ff. behandelten Hausofficianten, d. h. solchen Personen, denen nur ein gewisses, bestimmtes Geschäft in der Haushaltung oder Wirthschaft, oder die Aufsicht über einen gewissen Theil derselben aufgetragen wird, da dieselben nach §. 168. ibid. in allen, nicht besonders gesetzlich ausgenommenen Beziehungen mit dem gemeinen Gesinde gleiche Rechte und Pflichten haben, und deshalb schon das im Jahre 1837 ergangene Präjudiz Nr. 255. angenommen hat, daß sie ebenfalls die obigen Vorschriften zu befolgen schuldig sind. (Samml. der Präj. I. S. 176.)

Allerdings sprechen diese nur von dem Falle, wo das Gesinde des bereits angetretenen Dienstes unzeitig entlassen worden ist. Es ergiebt sich aber aus anderen Stellen der Gesinde-Ordnung, daß dieselben Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn dem Gesinde, resp. dem Hausoffi-

Digitized by Google

cianten die Annahme in den erst anzutretenden Dienst verweigert wird. Der §. 47. lautet nämlich:

> Weigert sich die Herrschaft, das Gesinde anzunehmen, so verliert sie das Miethsgeld und muß das Gesinde ebenso schadlos halten, wie auf den Fall, wenn das Gesinde unter der Zeit ohne rechtlichen Grund entlassen worden, unten verordnet wird. (§. 160. ff.)

Es wird also hiermit festgesetzt, daß die im §. 160. ff. gegebenen Vorschriften auch bei der verweigerten Annahme des Gesindes zum Antritte seines Dienstes gelten sollen, und da §. 160. ausspricht, daß die Herrschaft von der Obrigkeit angehalten werden soll, das ohne gesetzlichen Grund entlassene Gesinde wieder anzunehmen und nach den folgenden §§. 161. 162. die Entschädigungspflicht der Herrschaft erst dann eintritt, wenn sie sich dieser Wiederannahme beharrlich weigert, so kann man diese zusammenhängenden gesetzlichen Vorschriften, bei ihrer nach §. 47. gebotenen Anwendung auf die verweigerte Annahme des Gesindes auch nur in diesem Zusammenhange auffassen, so daß also auch hier die polizeiliche Vermittelung vorher gehen muß, ehe das Gesinde Entschädigung wegen des ihm solchergestalt beharrlich versagten Eintrittes in den Dienst fordern darf. Die ratio legis trifft übrigens in dem einen Falle ebenso zu, wie in dem anderen. Denn in der Nichtannahme des Dienstboten in den ihm vertragsmäßig zugesicherten Dienst, liegt ebenso, wie in dem unzeitigen Entlassen desselben aus dem Dienste, eine Nichterfüllung des Dienstvertrages mit gleichen Nachtheilen für den Dienenden. In beiden Fällen muß daher dieser die gesetzlich erforderlichen Schritte thun, um die Erfüllung des Vertrages, eventuell die ihm gebührende Entschädigung wegen der Nichterfüllung zu erlangen und es ist deshalb nichts natürlicher, als daß das Gesetz für beide Fälle ihm die gleichen Hülfsmittel gewährt.

Digitized by Google

deren Nichtanwendung aber auch mit den nämlichen Nachtheilen bedroht. Augenscheinlich will das Gesetz bei solchen Streitigkeiten zwischen Dienstherrn nnd Dienenden möglichst Processe vermeiden, und, vorzugsweise in Vorsorge für das Gesinde, diesem auf kürzerem Wege dazu verhelfen, daß es nicht durch Dienstlosigkeit in Noth gerathe. Aber auch dem Dienstherrn kann durch die polizeiliche Vermittelung gedient sein, und es geschiehet daher endlich sogar im allgemeinen Interesse, wenn dieselbe zur Vorbedingung für die Zulassung des Entschädigungsanspruches in dem einen Falle ebenso, wie in dem anderen gemacht wird.

№ 27.

Besoldung des Schulzenamts.

Ist in denjenigen Provinzen, in welchen das Allgemeine Landrecht seit seiner Publication Geltung gehabt hat, die Gutsherrschaft, als Inhaberin der örtlichen Polizeigewalt in einer ländlichen Ortschaft, verpflichtet, zur Remuneration des Schulzen in derselben beizutragen?

A. L. R. Thl. II. Tit. 7. §. 72.

Digitized by Google

Das in der Dorfgemeinde H. für den Schulzen bestimmte Gehalt war von der Königlichen Regierung zu Danzig auf jährlich 50 Thlr. festgesetzt und zugleich angeordnet worden, daß die Stadtgemeinde M., als Gutsherrschaft und Inhaberin der Polizeigewalt in dem Dorfe H. hierzu einen Beitrag von 25 Thlr. leisten sollte. Die Stadtgemeinde hielt sich dazu nicht für schuldig. Indem sie davon ausging, daß die Regierung bei ihrer Anordnung sich auf die Allerh. Cabinets-Ordre vom 18. März 1817 stütze, führte sie aus, daß dieser Ordre Gesetzeskraft nicht beizumessen sei, und behauptete zugleich, daß sie seit länger als rechtsverjährter Zeit zu dem Schulzengehalte einen Beitrag nicht geleistet habe. In Grundlage dieser Ausführung erhob die Stadtgemeinde den Antrag: die Gemeinde H. zu verurtheilen, anzuerkennen, daß sie verpflichtet sei, das Gehalt des Schulzen mit 50 Thlr. jährlich aus eigenen Mitteln zu bezahlen und nicht für befugt zu erachten, einen Beitrag zu demselben von der Klägerin zu fordern.

Die Verklagte widersprach jedoch dem Antrage. Sie vindicirte für die Allerh. Cabinets-Ordre vom 18. März 1817 die Kraft einer, namentlich die Verwaltungsbehörden bindenden, Norm und stellte in Abrede, daß sich bezüglich der Remuneration des Schulzen in der Gemeinde bereits ein Herkommen gebildet habe.

Das Kreisgericht zu Marienburg wies auch in dem Erkenntnisse vom 8. September 1865 die Klägerin ab und diese Entscheidung wurde auf die Appellation der letzteren von dem Appellations-Gericht zu Marienwerder am 6. December 1866 bestätigt. Die Klägerin legte zwar hiergegen die Nichtigkeits-Beschwerde ein; aber auch dieses Rechtsmittel wurde von dem zweiten Senate des Ober-Tribunals am 24. September 1867 zurückgewiesen, und zwar aus folgenden

Digitized by Google

Gründen.

Der gegenwärtige Streit betrifft einen Landestheil, in welchem das Allgemeine Landrecht seit seiner Publication Geltung gehabt hat. Auch ergiebt sich aus den Mittheilungen des zweiten Richters als unstreitig, daß das Recht und die Pflicht der Polizei-Verwaltung in der verklagten Gemeinde der Klägerin als Gutsherrschaft gebührt. Es hat aber auch fernerhin der zweite Richter die unter den Parteien streitige Frage: ob sich in der Verfassung der verklagten Gemeinde bezüglich der Salarirung der Dorfschulzen eine besondere Norm gebildet habe? verneint und diese Annahme ist von der Implorantin nicht angefochten worden.

Für die Nichtigkeits-Beschwerde bleibt hiernach lediglich die Frage zu beantworten:

ob die Gutsherrschaft, welcher die örtliche Polizei-Verwaltung in einer ländlichen Ortschaft obliegt, zur Remuneration der Dorfschulzen beizutragen, verpflichtet ist?

Es ist angemessen, zur Beantwortung dieser Frage den geschichtlichen Gang der die Polizei-Verwaltung auf dem platten Lande betreffenden Gesetzgebung und die rechtliche Stellung des Schulzen gegenüber der Gemeinde und dem Inhaber der Polizeigewalt zu beleuchten.

Die Gerichtsbarkeit, zu welcher nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts im weiteren Sinne auch die Polizeigerichtsbarkeit gerechnet wurde, geht aus dem unveräußerlichen Hoheitsrechte des Staats hervor, die Ausübung derselben aber kann auch Andern übertragen werden und ist vielfach mit dem Besitze von Gütern verbunden oder gewissen Gütern besonders beigelegt. (§§. 10. 18—33. Tit. 17. Thl. II. des A. L. R., §. 1. des Gesetzes vom 14. April 1856 — Ges. S. S. 354.) — Der hiernach bestehende Zustand erlitt eine rechtliche Aenderung durch Art. 42. der Ver-

Digitized by Google

fassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850, durch welchen die gutsherrliche Polizei und obrigkeitliche Gewalt, jedoch nach Art. 114. mit dem transitorischen Zusatz aufgehoben wurde, daß es hinsichtlich der Polizei-Verwaltung bis zur Emanirung der neuen Gemeinde-Ordnung bei den bisherigen Bestimmungen verbleiben solle. (Ges. S. S. 22. und 34.) Zur Ausführung der erwähnten Festsetzungen der Verfassungs-Urkunde ergingen unterm 11. März 1850 die Gemeinde-Ordnung und das Gesetz über die Polizei-Verwaltung. (Ges. S. S. 213. 265.) Die Gemeinde-Ordnung indessen ist, wo sie damals nicht bereits eingeführt war, in ihrem ganzen Umfange durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 aufgehoben, gleichzeitig auch sind die früheren Gesetze und Verordnungen über die Landgemeinde-Verfassungen wieder in Kraft gesetzt worden. (Art. 1. 2. 6. Ges. S. S. 238.) Das Gesetz vom 11. März 1850, betreffend die Polizei-Verwaltung ist zwar nicht aufgehoben, jedoch durch spätere Gesetze dergestalt modificirt worden, daß die polizeiliche Gewalt und Obrigkeit, welche sich auf den Besitz eines ehedem dazu berechtigten Gutes stützt, wenn nicht als fortbestehend anerkannt, doch ohne Zweifel zu alter Wirksamkeit wiederhergestellt ist. Denn durch das Gesetz vom 14. April 1856 (Ges. S. S. 353.) wurden die Art. 42. und 114. der Verfassungs-Urkunde aufgehoben und in dem Gesetze von dem nämlichen Tage, betreffend die ländlichen Obrigkeiten in den sechs östlichen Provinzen, hat die mit dem Besitze eines Ritter- oder anderen ländlichen Gutes verbundene, ortsobrigkeitliche (polizeiobrigkeitliche) Gewalt erneuerte Anerkennung und nähere Entwickelung gefunden. Nach diesem Gesetze werden auch in der Regel, sofern nicht durch Observanz, oder durch sonstige Rechtsnormen etwas Anderes feststeht, die Schulzen von dem

Digitized by Google

Inhaber der Ortsobrigkeit nach Anhörung der Gemeinde ernannt. (§. 21. l. c. Ges. S. S. 358.)

Es ergiebt sich hieraus, daß die betreffenden Gutsbesitzer zur Zeit Inhaber der polizeilichen Gewalt sind, und daß sie als solche in der Regel die Lasten derselben zu tragen haben.

Der Dorfschulze zwar ist allerdings nach §. 46. Thl. II. Tit. 7. des A. L. R. Vorsteher der Gemeinde. Allein die §§. 59. bis 71. l. c. legen es klar dar, daß der Schulze gleichzeitig mit Ausübung der örtlichen Polizei betraut, und in sofern ein Organ des Inhabers der Polizei-Verwaltung ist. Wegen der Belohnung des Schulzen verordnet der §. 72. l. c.:

> Die dem Schulzen für seine Bemühungen etwa zukommenden Vortheile oder Freiheiten sind nach der Verfassung eines jeden Orts bestimmt.

Eine gesetzliche Bestimmung, wie es zu halten sei, wenn die Remuneration eines Dorfschulzen erforderlich ist, die Ortsverfassung aber darüber nichts festsetzt, nimmt der zweite Richter als existent nicht an; denn er erkennt an, daß die Allerh. Cabinets-Ordre vom 18. März 1817 nicht gehörig publicirt sei. Der Richter stützt aber seine Entscheidung auf die doppelte Stellung des Schulzen zu der Gemeinde und zu der Gutsherrschaft und findet, daß nach diesem Sachverhältniß dem Inhaber der Polizeigewalt ein Beitrag zur Salarirung des Schulzen rechtlich aufzulegen sei.

Nach der Behauptung der Implorantin soll der Richter durch diese Argumentation die §§. 46. und 72. Tit. 7. Thl. II. des A. L. R. und den Rechtsgrundsatz verletzt haben:

> Wenn die Verfassung eines Orts nichts Anderes bestimmt, so hat die Gemeinde des Orts die Schulzendienst-Unkosten-

Digitized by Google

Entschädigung allein und ohne Betheiligung der Gutsherrschaft aufzubringen.

Man kann jedoch der Ansicht der Implorantin nicht beitreten.

Der zweite Richter setzt voraus, daß es an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, welche auf den vorliegenden Fall paßt. Geht man aber von dieser, Seitens der Implorantin wenigstens nicht angefochtenen Annahme aus, so lag dem Richter ob, den Streitfall nach den in dem Landrechte enthaltenen Grundsätzen und den für ähnliche Fälle gegebenen Vorschriften zu entscheiden. Und es kann sich allein fragen: ob die Argumentation des Richters hiergegen verstößt? Dies zu verneinen, kann nicht bedenklich sein. Ein wesentlicher Theil der Verrichtungen eines Dorfschulzen bezieht sich auf die Verwaltung der örtlichen Polizei, deren Kosten dem Inhaber dieser Polizeigewalt obliegen. Der von diesem ernannte Schulze ist amtlich verpflichtet, Handlungen zu übernehmen, welche dem Inhaber der Polizeigewalt zu Gute kommen. Wäre der Schulze nicht Beamter, so würde der Polizeiinhaber, für welchen die Handlungen geleistet werden, nach den Grundsätzen bei Verträgen über Handlungen denselben zu entschädigen haben. — §§. 873. 874. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. — Nach dieser Seite hin aber hat das amtliche Verhältniß ein quasi-contractliches Element. Und die Entscheidung des Richters, nach welcher der Inhaber der Polizeigewalt den Unterbeamten, welchen er bestellt hat, ratione seiner polizeilichen Verpflichtungen zu entschädigen hat, entspricht den analog anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften.

Implorantin vermeint, daß es eine näher liegende und deshalb anzuwendende Analogie gebe, nämlich diejenige der Stadtgemeinden in den sechs östlichen Provinzen, in denen, sofern die örtliche Polizei-Verwaltung nicht besonderen Be-

Digitized by Google

amten übertragen ist, solche von dem Bürgermeister oder einem anderen Magistrats-Mitgliede, deren Gehälter die Gemeinde bezahlt, zu handhaben ist. Implorantin stellt einen solchen Beamten in Parallele mit dem Schulzen und den Inhaber der örtlichen Polizei-Verwaltung mit der Königlichen Regierung. Die letztere ist jedoch keinesweges Verwalterin der Ortspolizei, wie es der Gutsherr ist, sondern sie ist Aufsichtsbehörde der örtlichen Polizei. Die Verwaltung der örtlichen Polizei liegt der Gemeinde ob, und zwar durch die in der Gemeinde-Ordnung dazu bestimmten Beamten, welche in ihrer Eigenschaft als polizeiliche Beamte unter der Aufsicht der Landespolizei-Behörden stehen. In Uebereinstimmung hiermit verordnet denn auch der §. 2. des Gesetzes über die Polizei-Verwaltung vom 11. März 1850:

> Die Kosten der örtlichen Polizei-Verwaltung sind, mit Ausnahme der Gehälter der von der Staatsregierung im Falle der Anwendung des §. 2. angestellten besonderen Beamten, — in dem Falle also, wo der Staat die örtliche Polizei-Verwaltung den Gemeinden entzieht — von den Gemeinden zu bestreiten.

Hiernach liegt eine Aehnlichkeit der Verhältnisse, auf welche eine analogische Anwendung der bezüglichen gesetzlichen Vorschriften gestützt werden könnte, nicht vor.

Die Verwaltungsbehörden haben bisher den Grundsatz angewendet, daß im Mangel einer anderen Ortsverfassung die Dominien und Gemeinden den Schulzen gemeinschaftlich zu remumeriren hätten. Sie gründeten sich hierbei auf die in v. Kamptz Annalen Bd. 13. S. 311. mitgetheilte Allerh. Cabinets-Ordre vom 18. März 1817, welche entsprechend einem Rescripte des General-Directoriums vom 15. Januar 1783 für die Domainen festsetzte, daß nach wie vor an dem

Digitized by Google

Grundsatze festzuhalten sei, daß der Ortsschulze von der Gutsherrschaft und den Einsassen remunerirt werden müsse.

cfr. Rescript des Ministers des Innern vom 22. Januar 1819 und die Zusammenstellung in Koch's Landrecht, Anmerk. 72. zu §. 72. Tit. 7. Thl. II. des A. L. R. und Bescheid des Ministers des Innern vom 29. April 1855. (Minist. Bl. pro 1855. S. 182.)

Implorantin behauptet, daß der gedachten Allerh. Cabinets-Ordre und dem erwähnten Rescripte des General-Directoriums nicht Gesetzeskraft beigelegt werden könne, und beschuldigt den zweiten Richter, wenn er solches gethan haben sollte, gewisser rechtsgrundsätzlicher Verletzungen. Hierauf ist jedoch nicht näher einzugehen, weil der Appellations-Richter den erwähnten Erlassen die Kraft eines publicirten Gesetzes nirgends beimißt. Somit muß die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen werden.

№ 28.

Parcellirung eines Gutes, auf welchem die Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzen- oder Dorfrichter-Amtes haftet.

Haben Verabredungen in Parcellirungs-Verträgen,

Digitized by Google

über die Tragung der Kosten der auf dem parcellirten Gute haftenden Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzen- oder Dorfrichter-Amtes, wenn solche von der Behörde nicht bestätigt worden sind, auch unter den Contrahenten keine Gültigkeit?

Gesetz, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, vom 3. Januar 1845 §§. 7. 16. und 23. (Ges. S. S. 25.)

Declaration vom 7. August 1846. (Ges. S. S. 395.)

Gesetz wegen Abänderung einiger Bestimmungen des Gesetzes vom 3. Januar 1845, vom 24. Februar 1850. (Ges S. S. 68.)

Gesetz, zur Ergänzung des Gesetzes vom 3. Januar 1845, vom 24. Mai 1853. (Ges. S. S. 241.)

Der Inspector N. hat das Richtergut Nr. 5. zu A. besessen, aber im Jahre 1859 parcellirt. Mittelst Kaufcontracts vom 12. October 1859 hat er an jeden der zwölf Kläger und andere Interessenten gewisse Parcellen verkauft und im §. 3. des Vertrages ist bestimmt:

Der Verkäufer verspricht bis zum 2. Januar 1860 die verkauften Parcellen von den auf dem Stammgute haftenden Hypotheken-Schulden zu exnexuiren und sichert dem Käufer die Befreiung von jedwedem Beitrage für die sub. rub. II. Nr. 12. des Stammgutes intabulirte Verbindlichkeit zur unentgeltlichen Verwaltung des Richter-Amtes zu.

Das Restgut hat der N. ebenfalls besage eines Contracts vom 12. October 1859 an den Verklagten mit der Verabredung verkauft:

Digitized by Google

daß der Käufer die Verpflichtung zur unentgeltlichen Verwaltung des Richter-Amtes ohne Heranziehung der übrigen Parcellenbesitzer dergestalt übernehmen soll, daß, wenn der Stammgutsbesitzer nicht tüchtig sein sollte, die Verwaltung selbst zu führen, der Käufer resp. das Restgut, ohne Beiziehung der übrigen Parcellen, die durch Bestellung eines Vice-Richters entstehenden Kosten allein zu tragen hat.

Die Regierung zu Merseburg hat jedoch bei Feststellung des Abgaben-Vertheilungs-Plans diese Verabredungen nicht zum Grunde gelegt, vielmehr für den Richter eine Besoldung von 16 Thlr. jährlich festgesetzt, deren Tragung auf alle Theile des vormaligen Gutscomplexus vertheilt, und die Widersprüche der Parcellen-Erwerber zurückgewiesen. Der Besitzer des Restgutes, der Verklagte, ist von der Regierung zum Richter bestellt und hat in den sechs Jahren von 1860 bis incl. 1865 die auf ihre Parcellen im Dismembrationsplane vertheilten Beträge von zusammen 12 Thl. 2 Sgr. 8 Pf. jährlich von den Klägern eingezogen. Mittelst Cessions-Urkunde vom 18. April 1866 hat aber der Inspector N. seine Rechte aus dem Contracte vom 12. October 1859, in Betreff der vom Verklagten übernommenen Verpflichtung, das Richter-Amt unentgeltlich und ohne Heranziehung der Parcellenbesitzer zu verwalten, beziehungsweise die Kosten der Verwaltung zu tragen, an die Kläger abgetreten. Die Kläger haben daher behauptet, daß der Verklagte ihnen die bezahlten Beträge zu erstatten verpflichtet sei und, unter Abrechnung der an den Mitkläger B. in Folge eines besonderen Judicats für die Zeit von 1860 bis 1863 schon bewirkten Erstattung, beantragt:

den Verklagten zur Zahlung der Summe von 62 Thlr. 12 Sgr. in den in der Klage specificirten, den betreffenden Parcellenbesitzern zustehenden Einzelbeiträgen, nebst

Digitized by Google

fünf Procent Verzugzinsen seit Insinuation der Klage zu verurtheilen und in die Proceßkosten zu nehmen.

Der Verklagte hat die der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen als richtig anerkannt, aber auf Abweisung der Klage angetragen und eingewandt: daß aus dem Contracte zwischen dem Cedenten der Kläger und dem Verklagten nichts weiter folge, als die Verpflichtung des Verklagten, in dem Falle die Kosten der Bestellung eines Vice-Richters zu tragen, wenn der Restgutsbesitzer nicht tüchtig sein sollte, die Verwaltung des Richter-Amts zu führen. Dieser Fall sei nicht eingetreten, vielmehr der Verklagte tüchtig und bereit das Amt zu verwalten. Wenn dennoch die Verwaltungsbehörde Geldbeträge zur Remuneration des Verklagten auf die Parcellen der Kläger gelegt habe, so könne sein Contract mit dem Cedenten der Kläger den Verklagten zur Erstattung nicht verpflichten.

Das Kreisgericht zu Liebenwerda hat im Erkenntnisse vom 4. September 1866 den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt, der Verklagte appellirt, weil Kläger nicht abgewiesen worden, aber, auf seine Appellation, der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Naumburg am 21. Februar 1867 das vorige Urtel bestätigt und der zweite Senat des Ober-Tribunals im Erkenntnisse vom 29. October 1867 die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter stellt durch Auslegung des zwischen dem vormaligen Besitzer des Richterguts Nr. 5. zu A., Inspector Friedrich N., als Verkäufer und dem Verklagten als Käufer geschlossenen Contracts vom 12. October 1859 über das bei der Parcellirung gebildete Stamm-

Digitized by Google

oder Restgut, thatsächlich und auf geeignete Weise nicht angegriffen, fest:

daß die im Contracte übernommene Verbindlichkeit des Verklagten sich nicht blos auf den Fall der Untauglichkeit des Restgutsbesitzers zur Verwaltung des Richteramtes beziehe; daß vielmehr der Verklagte als Käufer des Restguts zunächst und hauptsächlich die eigene Verwaltung des Amtes und zwar unentgeltlich übernommen hat, und daß nur erläuternd und ergänzend, nicht aber aufhebend, die weitere Bestimmung des Contracts, daß, falls der Stammgutsbesitzer zur eigenen Verwaltung des Amtes untüchtig sein sollte, er ohne Beiziehung der übrigen Parcellen die durch die Bestellung eines Vicerichters entstehenden Kosten allein zu tragen hat, getroffen worden.

Auch ist gegen die, aus der Cession des Friedrich N. vom 18. April 1866 in Ansehung seiner Rechte aus dem gedachten Contracte wider den Verklagten hergeleitete Legitimation der Kläger an und für sich von dem Imploranten eine Beschwerde nicht erhoben.

Da es nun thatsächlich feststeht, daß die Regierung zu Merseburg sich nicht an die in den Parcellirungs-Verträgen enthaltenen Verabredungen über die fernere Verwaltung und Bestreitung der Kosten des auf dem Richtergute haftenden Richteramts gebunden, vielmehr bestimmt hat, daß der Richter eine jährliche Besoldung von 16 Thlrn. genießen und diese von den Parcellen des vormaligen Richterguts antheilig getragen werden soll, so kann es nur auf die Prüfung ankommen: ob der Angriff des Imploranten wegen Verletzung der §§. 7. 16. 18. und 23. des Gesetzes vom 3. Januar 1845 und die Behauptung und Verletzung eines Rechtsgrundsatzes gegründet sei, welcher also formulirt ist:

daß die in Parcellirungs-Verträgen enthaltenen Verab-

Digitized by Google

redungen über Vertheilung der im §. 7. des Gesetzes vom 3. Januar 1845 gedachten Lasten, einschließlich der im §. 16. besonders hervorgehobenen Realverpflichtung zur Verwaltung des Schulzen- oder Dorfrichter-Amtes, als dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufend, auch unter den Contrahenten keine Gültigkeit haben, soweit sie nicht von der Behörde bestätigt werden.

Das Gesetz vom 3. Januar 1845, betreffend die Zertheilung von Grundstücken und die Gründung neuer Ansiedelungen, hatte den in seinem Eingange ausgesprochenen Zweck der Beseitigung der Uebelstände, welche aus der Zerstückelung von Grundstücken und aus der Gründung neuer Ansiedelungen ohne gleichzeitige Regulirung der Abgaben- und Communal-Verhältnisse entstehen. Im §. 2. war verordnet, daß ein solcher Vertrag von dem das Hypothekenbuch führenden Richter aufgenommen werden, entgegengesetzten Falls aber nach §. 3. nichtig und demnach auch unter den Contrahenten keine rechtliche Wirkung haben sollte. Die Aufnahme des Vertrages sollte nach §. 4., mit Ausnahme der in dem §. 5. besonders bezeichneten Grundstücke, erst dann erfolgen können, wenn der Besitztitel für den Veräußernden im Hypothekenbuche berichtigt oder auf Besitztitelberichtigung von ihm angetragen worden. Jeder Erwerber eines Trennstücks, mit Ausnahme gewisser moralischer Personen, wurde im §. 6. verpflichtet, seinen Besitztitel berichtigen zu lassen, welches aber nach §. 7. erst dann geschehen durfte,

„wenn zuvor, die auf dem dismembrirten Grundstücke haftenden oder in Rücksicht auf dessen Besitz zu entrichtenden Abgaben und Leistungen, welche die Natur öffentlicher Lasten haben, einschließlich der aus dem Gemeinde-, Kirchen-, Pfarr- und Schulverbande entspringenden oder sonstigen Corporations- oder Societätslasten (§. 9. a. bis f.) desi-

Digitized by Google

nitiv oder intermistisch vertheilt (§§. 20—23.) und die das Grundstück betreffenden und auf dessen Besitz sich gründenden Communal- und Societäts-Verhältnisse definitiv oder intermistisch regulirt sind" u. s. w.

Im §. 8. und den folgenden sind nun Anweisungen ertheilt über die Art und Weise der Regulirung und Aufrichtung und Bestätigung des Regulirungsplanes, namentlich ist aber im §. 11. bestimmt:

Die Vertheilung der Grundsteuern erfolgt nach den darüber bestehenden Grundsätzen; durch Verabredungen der Parteien kann darin nichts geändert werden.

Ferner ist im §. 16. vorgeschrieben:

Wird ein Grundstück getheilt, mit dessen Besitz die Verwaltung des Schulzen- oder Dorfrichter-Amtes verbunden ist, so ist nach den Umständen zu ermessen, ob die Verwaltung dieses Amtes mit dem Besitz eines der Theile des Grundstücks verbunden bleiben kann. Ist dies nicht zulässig, so muß ein auskömmliches Schulzengehalt in Grundstücken oder in Geld festgesetzt und der Geldbeitrag nach Vorschrift des §. 12. vertheilt und für die hypothekarische Sicherstellung gesorgt werden.

Die letztere Vorschrift ist, wie gedacht, im vorliegenden Falle in dem von der Regierung zu Merseburg vom 9. März 1861 bestätigten Dismembrationsplane zur Anwendung gebracht.

Weiter enthält §. 18. des Gesetzes die Bestimmung:

Verabredungen der Betheiligten über die Regulirung der in den §§. 12—17. erwähnten öffentlichen Abgaben, Leistungen und Verhältnisse können von der Behörde bestätigt werden, insofern solche der Verfassung nicht entgegen sind und die nachhaltige Entrichtung gesichert ist.

Demnächst ist verordnet:

§ 23. Der von der Regierung bestätigte oder durch Re-

Digitized by Google

curs-Entscheidung des Ministeriums des Innern festgesetzte Regulirungsplan hat die Wirkung einer gerichtlich bestätigten und vollstreckbaren Urkunde.

Im §. 24. ist festgesetzt, daß erst nach erfolgter Regulirung der Erwerber eines Trennstücks befugt sein soll, die damit verbundenen ständischen Gemeinde- und andere Corporationsrechte auszuüben, so lange die Regulirung aber nicht stattgefunden, alle Theilstücke für sämmtliche Lasten verpflichtet bleiben. —

Der Implorant behauptet nun aus dem Sinne und Zusammenhange des Gesetzes, namentlich aus dessen §§. 7. 16. und 23. die Folgerung: daß Verabredungen über die Vertheilung der Lasten in Parcellirungsverträgen, wenn sie von der Behörde nicht bestätigt werden, auch die Contrahenten unter einander nicht verbinden.

Es ist aber zunächst in Betracht zu ziehen, daß das Gesetz vom 3. Januar 1845 Veränderungen erfahren hat. Nachdem schon die Declaration vom 7. August 1846 zum §. 2. ergangen war, ist durch das Gesetz vom 24. Februar 1850 die Aufhebung der §§. 2—5. erfolgt und auch verordnet, daß die Abschreibung des Trennstücks im Hypothekenbuche und die Berichtigung des Besitztitels nicht mehr von der im §. 7. Nr. 1. gedachten Regulirung abhängig sein solle. Indessen hat das Gesetz vom 24. Mai 1853 (G.-S. S. 241.), welches zur Ergänzung des Gesetzes vom 3. Januar 1845 ergangen ist, die §§. 2. und 4. wiederhergestellt und in Ansehung der Bestimmung §. 7. Nr. 1. die Nothwendigkeit der vorgängigen Regulirung unter Androhung einer Geldstrafe bis 200 Thlr. für den Fall verordnet, daß die Zertheilung im Wege des öffentlichen Aufgebots und der meistbietenden Versteigerung stattfindet. Das vorliegende Sachverhältniß ist daher nicht von der Art, um durch diese Ver-

Digitized by Google

änderungen der Gesetzgebung von 1845 beeinflußt zu werden. Vielmehr ist der Grundsatz gesetzlich festgestellt und unverändert geblieben:

daß bei Parcellirungsverträgen die Vertheilung und Regulirung von Abgaben und Leistungen, einschließlich der Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzen- und Dorfrichter-Amtes, welche die Natur öffentlicher Lasten haben, nicht von den Verabredungen der Contrahenten, sondern lediglich von der, nach gegebenen Vorschriften zu bewirkenden, Feststellung der gesetzlich bestimmten Behörde abhängt.

Unzweifelhaft folgt daher, daß die Verabredungen der Contrahenten, gegenüber den zur Erhebung der fraglichen Abgaben und Leistungen Berechtigten, ohne allen rechtlichen Effect bleiben müssen, wenn solche die Bestätigung der Behörde nicht erlangt haben. Auch würde, nach den vorstehend entwickelten gesetzlichen Vorschriften, die Vertheilung der Lasten nicht als zulässiger Gegenstand eines endgültigen Privatvertrages über das Trennstück unter den Parteien erscheinen, vielmehr die vorgängige Feststellung des Vertheilungsplanes durch die Behörde als ein unerläßliches Erforderniß und integrirender Theil des Vertrages über den Verkauf eines Trennstückes zu erachten sein, wenn nicht durch das Gesetz vom 24. Februar 1850 — welches durch das Gesetz vom 24. Mai 1853 nur in Betreff einer Parcellirung im Wege öffentlichen Aufgebots und meistbietender Versteigerung, die hier nicht behauptet wird, abgeändert worden — die Abschreibung des Trennstücks und die Berichtigung des Besitztitels für den Parcellenkäufer im Hypothekenbuche, also der Erwerb und die Disposition über das Eigenthum des Trennstücks auf Grund des geschlossenen Vertrages, für unabhängig von der Feststellung des Abgaben-Vertheilungsplanes erklärt

Digitized by Google

wäre. Nachdem aber solches geschehen, können auch die Verabredungen der Contrahenten unter einander wegen Uebernahme von den auf dem Trennstücke haftenden und beziehungsweise darauf gelegten Lasten, oder wegen Befreiung davon, nicht von dem Vertrage über die Veräußerung der Parcelle ausgeschieden werden, weil sie Bedingungen des Geschäfts sind, welche die Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten, insbesondere die Eigenschaften des verkauften Grundstücks und der Widerlage betreffen, also den Gegenstand des Kaufgeschäfts und den Kaufpreis. Ueberhaupt ist auch ein allgemeiner Rechtsgrund nicht zu finden, aus welchem unter den Interessenten eines Parcellirungsvertrages die Verabredung, nach welcher der Eine für den Andern sich dieſem Andern gegenüber verpflichtet, dessen Steuern, Abgaben und andere Verpflichtungen abzutragen und zu übernehmen, obgleich das Recht des berechtigten Dritten dadurch nicht berührt werden kann, für unzulässig und ungültig erklärt werden könnte. Deshalb müssen solche Abreden, wenn dieselben später nicht von den Betheiligten aufgegeben oder sonst beseitigt werden, unter den Contrahenten dem Vertrage gemäß erfüllt werden, obgleich in Bezug auf die Rechte der Abgabenberechtigten und auf das öffentliche Interesse der mit executorischer Wirkung von der Behörde bestätigte Plan allein zur Richtschnur dient. —

Im gegenwärtigen Falle hat nun der Inspector Friedrich N. den Klägern in den Veräußerungsverträgen über Parcellen des Richterguts Nr. 5. zu A. die Befreiung von Beiträgen für die Verwaltung des auf dem Gute haftenden Richteramtes zugesichert. Sie haben aber die von der Behörde festgesetzten Beiträge bezahlen müssen, mithin das Recht, von ihrem Verkäufer N. Entschädigung zu fordern. Da aber Letzterer in dem über das Restgut mit dem Verklagten ge-

Digitized by Google

schlossenen Vertrage diesem, als Käufer, die Bedingung aufgelegt hat, für die Verwaltung des Richteramtes und deren Kosten allein zu stehen, ohne Beiträge von Seiten der übrigen Parcellen verlangen zu dürfen, jedoch die Beiträge von den Klägern erhoben hat, so hat der N. aus dem mit Verklagten geschlossenen Vertrage die Erfüllung der Bedingung und Entschädigung für deren Unterlassung zu verlangen. Sein Recht wider den Verklagten erhält seine Bedeutung und seinen Umfang durch den den Klägern wider den N. aus ihren Verträgen zustehenden Anspruch und, da die Kläger aus ihren Verträgen ein Recht wider den Verklagten nicht herleiten können, ist ihr Anspruch nur durch die Cession des N., aber auch vollkommen begründet.

№ 29.

Einschränkungen der Procura.

Sind Einschränkungen der Procura einem Dritten gegenüber von rechtlicher Erheblichkeit?

Handelsgesetzbuch Art. 43. 44. 46.
A. L. R. Thl. I. Tit. 13. §. 150., Thl. II. Tit. 8. §. 506.

Die Handlung S. und Co. in Magdeburg hatte am 7. Juni 1866 mit ihren Gläubigern einen Vertrag abgeschlossen, wodurch ihr ein viermonatlicher Indult bewilligt,

Digitized by Google

dem Inhaber der Handlung das Recht, zu zeichnen, für seine Person entzogen und dasselbe auf drei benannte Procuristen übertragen wurde, von welchen wenigstens zwei mit der Firma „S. u. Co. in Liquidation“ und ihrer Unterschrift zeichnen sollten. Nachdem der Verklagte S. wieder zur Disposition über seine Handlung S. und Co. gelangt, wurde aus zwei mit dieser Unterschrift ausgestellten Wechseln gegen ihn Klage angestellt, deren Objeet nach mehrfachen Herabsetzungen nach dem Urtel zweiter Instanz noch 4169 Thlr. 14 Sgr. 6 Pf. und Zinsen beträgt.

Der Verklagte wendete ein, daß er durch ein Schreiben an die Procuristen vom 5. September 1866 die Vollmacht dahin beschränkt habe, daß sie neue Wechselverbindlichkeiten nicht eingehen sollten, was sich seiner Behauptung nach auch auf die jetzt eingeklagten Wechsel habe beziehen sollen, und wovon der Kläger durch mehrfache Berathungen mit den Procuristen genaue Kenntniß erlangt habe. Der Kläger hielt den Verklagten zu einer solchen Beschränkung dem Indultvertrage nach für nicht befugt, er bestritt aber auch, daß diese Beschränkung Dritten gegenüber Wirkung haben könne, und berief sich hierfür auf den Art. 43. des Handelsgesetzbuchs.

Das Stadt- und Kreisgericht, sowie das Appellationsgericht zu Magdeburg haben jedoch durch Urtel vom 5. Juli resp. 24. Auguft 1867 den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt. Die dagegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist von dem vierten Senate des Ober-Tribunals am 14. November 1867 zurückgewiesen, und zwar, sofern es auf die oben ausgeworfene Rechtsfrage ankommt, aus folgenden

Gründen.

Die Procura, welche die Procuristen St. und M. zur Ausstellung und Girirung der von dem Kläger als Inhaber und Indossatar eingeklagten Wechsel ermächtigte, ist laut Ver-

Digitized by Google

trages vom 7. Juni 1866, wie der Appellationsrichter unangefochten annimmt, nicht auf vier Monate, — für welche dem Verklagten Indult bewilligt war, — sondern bis zur ausdrücklichen Aufhebung resp. Beendigung der Liquidation ertheilt worden. Ob nun die von dem Verklagten behauptete Einschränkung der Procuristen dahin, daß sie keine neue Wechselverbindlichkeiten eingehen dürfen, vom Verklagten wirklich an die Procuristen St. und M. ausgesprochen worden, ob der Verklagte nach dem Abkommen vom 7. Juni 1866 hierzu einseitig befugt war, ob hier von neuen und nicht vielmehr von prolongirten Wechseln die Rede ist, — alle diese Repliken des Klägers gegen die geltend gemachte Einschränkung der Procura, bleiben im Appellations-Erkenntnisse ihrer Richtigkeit und Erheblichkeit nach dahingestellt, indem dasselbe der angeblichen Einschränkung schon deshalb Wirkung nicht beilegt, weil der Art. 43. des Handelsgesetzbuchs bestimmt:

Eine Beschränkung des Umfangs der Procura hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung.

Hiergegen sucht die Nichtigkeitsbeschwerde vergeblich geltend zu machen, daß, sobald der Dritte von einer solchen Beschränkung Kenntniß habe, die rechtliche Wirkung dennoch eintrete. Der §. 150. Thl. I. Tit. 13. des A. L. R., welchen Implorant zur Unterstützung dieser Ansicht allegirt, hatte schon nach §. 155. a. a. O. im Kaufmannsrechte nur eine modificirte Geltung. Einschränkungen der Procura, die nicht gehörig bekannt gemacht worden, kamen danach, gemäß §. 506. Tit. 8. Thl. II. A. L. R., dem Eigenthümer gegen einen Dritten, der mit dem Disponenten sich eingelassen hat, nur insofern zu Statten, als ausgemittelt werden konnte, daß diese Einschränkungen zeitig genug auf andere Art zur Wissenschaft des Dritten gelangt sind. Das aus dem preußi-

Digitized by Google

schen Entwurfe hervorgegangene Handelsgesetz hat aber mit Bewußtsein der Einschränkung auch eine solche bedingte Wirkung versagt, indem es die rechtliche Wirkung überhaupt ausschließt. — Der preußische Entwurf des Handelsgesetzes zählte im Art. 43. gewisse Einschränkungen der Procura auf, welche in das Handelsregister eingetragen werden sollten, und ordnete im Art. 44. in Ansehung der nicht eingetragenen Beschränkungen an, daß der Principal sie einem Dritten nur insofern entgegensetzen könne, als er beweise, daß sie letzterem zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts bekannt gewesen.

Die Nürnberger Protocolle Bd. 1. S. 79. 81. 86. ergeben jedoch, daß dieser Vorschlag nicht adoptirt, daß vielmehr die Versammlung einstimmig sich dafür entschied, daß Beschränkungen von Procuren in Erklärungen an Dritte und Eintragungen in das Handelsregister für unstatthaft bezeichnet, und daß, wo sie gleichwohl vorgenommen würden, die Beschränkungen für nicht beigesetzt erachtet werden sollen, ohne daß dadurch auch Beschränkungen mit alleiniger Wirkung auf das Verhältniß des Procura-Inhabers zum Principal abgeschnitten wären ꝛc. Sogar auf Zeit sollte keine Beschränkung gelten, was mit Rücksicht darauf, daß ja doch die Procura zu jeder Zeit zurückgerufen werden könne, mit neun Stimmen gegen sechs angenommen wurde. Man hat Einschränkungen, welche ihrer Natur nach zu Zweifeln und Weiterungen führen, überhaupt abschneiden wollen, und sich darum des kategorischen Ausdrucks bedient, daß sie keine rechtliche Wirkung haben. Aus dem Gegensatze des Art. 46., welcher dem Erlöschen der Procura Dritten gegenüber, wenn es ihnen bekannt war, Wirkung beilegt, geht deutlich hervor, daß es nicht die Absicht gewesen, bei den Einschränkungen eine solche Wirkung anzuerkennen. Sonst würde dieselbe auch bei diesen vorgeschrieben sein. Dies konnte aber auch nicht

Digitized by Google

geschehen, da der Gesetzgeber die Einschränkungen Dritten gegenüber gänzlich für nicht beigesetzt erachten, ihnen keine rechtliche Wirkung beilegen wollte, selbst wenn sie in Erklärungen an Dritte geschehen seien. — Der in der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellte Grundsatz kann also nicht als richtig anerkannt werden.

Was ferner der Verklagte in der Klagebeantwortung gegen die Gültigkeit der Wechselziehung und das Giro thatsächlich, mit Bezug auf die in Rede stehende Einwendung anführt, ist vom ersten resp. zweiten Richter referirt, insbesondere auch der in der Nichtigkeitsbeschwerde weiter gerügte Umstand, daß der Kläger von der behaupteten Einschränkung Kenntniß gehabt hat. Der Vorwurf eines Verstoßes gegen §. 5. Nr. 10a. der Verordnung vom 14. December 1833 und Art. 3. Nr. 4. der Declaration vom 6. April 1839 paßt also nicht und die Deduction über den dolus des Klägers kann auf diesen Vorwurf nicht gegründet werden. Wenn sodann es auch richtig ist, daß ein Procurist, dem untersagt ist, neue Wechselverbindlichkeiten einzugehen, gesetzwidrig handelt, falls er dies dennoch thut, so folgt daraus doch für den vorliegenden Fall nicht, daß der Kläger als Theilnehmer dieser gesetzwidrigen Handlung anzusehen sei. — §§. 35. 36. Thl. I. Tit. 3. A. L. R. — Ob dem Dritten ein dolus zur Last fällt, wird sehr auf die Lage des Einzelfalles ankommen, eine Lage, welche hier überdies für einen dolus sehr wenig spricht und jedenfalls in dieser Art vom Richter nicht charakterisirt worden ist. Dabei würde es ferner noch sich fragen, ob und wiefern hier der dolus einen Gegenanspruch des Verklagten, gegenüber der rechtlichen Wirkung der Ziehung der Wechsel, motiviren könnte.

Digitized by Google

№ 30.

Zahlungen an einen Gesellschafter.

Ist die Zahlung an einen, durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, gegenüber einer offenen Handelsgesellschaft gültig, wenn die Zahlung vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt ist und der Zahlende die Ausschließung des die Zahlung empfangenden Gesellschafters von der Vertretungsbefugniß nicht gekannt hat?

Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 46. 86. 102. 110 114. 115.

Auf die Klage des W., als Mitinhabers der offenen Handelsgesellschaft H. W. u. Co., wegen einer Geldforderung, wendete der Beklagte S. ein, an P., den Gesellschafter des Klägers, Zahlung geleistet zu haben. Unstreitig war, daß P. durch den Gesellschaftsvertrag von der Befugniß zur Vertretung der Gesellschaft H. W. u. Co. ausgeschlossen, diese Ausschließung aber zur Zeit der behaupteten Zahlung dem Beklagten nicht bekannt, und daß zu dieser Zeit die Gesellschaft H. W. u. Co. in das Handelsregister noch nicht eingetragen war.

Das Kreisgericht und das Appellationsgericht zu Stettin legten dem Beklagten einen Erfüllungseid über die bestrittene

Digitized by Google

Zahlung auf, indem sie letztere der Gesellschaft gegenüber für gültig erachteten. Die vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde, welche eine Verletzung der Art. 86. 110. 102. 114. des All. D. H. G. B. behauptete, weil vor der Eintragung einer Handelsgesellschaft in das Handelsregister Dritte die im Gesellschaftsvertrage festgesetzte Ausschließung eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugniß gegen sich gelten lassen müssen, ist durch das Urtel des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 10. März 1868 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Der Art. 114. des Handelsgesetzbuchs bestimmt, von welcher Art und von welchem Umfange die Geschäfte und Rechtshandlungen sind, welche jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter vorzunehmen ermächtigt ist; er stellt aber nicht fest, in welchem Falle oder unter welchen Bedingungen ein Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist. Es handelt sich in diesem Artikel nur um die Wirkung der Vertretung gegen Dritte, wie aus der Ueberschrift des dritten Abschnitts zweiten Buches, wohin Art. 114. gehört, hervorgeht, und Art. 102., welcher in dem das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander behandelnden zweiten Abschnitte enthalten ist, kann deshalb hier nicht maaßgebend sein. Die Verweisung des Art 102. auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages gilt nicht für das Rechtsverhältniß der Gesellschaft Dritten gegenüber, und wiederholt ist bei den Berathungen der Nürnberger Conferenz der Grundsatz als ein unangefochten feststehender ausgesprochen worden, daß der dritte Contrahent nicht verpflichtet ist, sich um den Inhalt der Gesellschaftsverträge zu erkundigen, daß er solchen vielmehr nur insofern gegen sich gelten lassen muß, als derselbe ihm aus der Eintragung oder mittelst der exceptio doli entgegengesetzt werden kann (Protoc. d. Comm.

Digitized by Google

S. 212. 213. 1005.). Dasselbe Princip findet sich im Art. 115. klar ausgesprochen. Dieser Artikel bestimmt die Fälle, in denen die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte eines Gesellschafters gegen Dritte nicht verpflichtet wird, und zählt hierzu unter Hinweisung auf Art. 86. S. 4 den Fall, wenn der Gesellschafter von der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, ausgeschlossen ist, sofern hinsichtlich dieser Ausschließung die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Art. 46. hinsichtlich des Erlöschens der Procura die Wirkung gegen Dritte eintritt. Als solche Voraussetzungen sind im Art. 46. benannt, entweder Eintragung in das Handelsregister und Bekanntmachung — oder — der Nachweis, daß das nicht eingetragene Erlöschen der Procura dem Dritten beim Abschlusse des Geschäfts bekannt war, und überträgt man diese Voraussetzungen auf den vorliegenden Fall, in welchem die Eintragung unterblieben ist, so kann die Ausschließung des P. von der Vertretungsbefugniß die Nichtverpflichtung der Gesellschaft durch die von P. vorgenommenen Rechtsgeschäfte nur dann zur Folge haben, wenn Kläger beweist, daß die Ausschließung des P. dem Beklagten zur Zeit der Zahlungsleistung bekannt gewesen ist. Die Unbekanntschaft des Beklagten hiermit ist aber thatsächlich festgestellt, es tritt daher die im Art. 115. vorgesehene Nichtverpflichtung der Gesellschaft nicht ein, und da Art. 115. die einzigen Fälle der Nichtverpflichtung enthält, mithin in allen anderen Fällen der aus der Nichtausschließung eines Gesellschafters folgende Grundsatz der Verpflichtung der Gesellschaft maaßgebend bleibt, so muß die Zahlung des Beklagten an P. als für die Gesellschaft H. W. u. Co. verbindlich angesehen werden.

Implorant unterscheidet die Ausschließung eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugniß, ohne erfolgte Eintra-

Digitized by Google

gung der Gesellschaft, von dem Falle, wo die Gesellschaft ohne Vermerk über die Ausschließung eines Gesellschafters eingetragen ist. Der Art. 115. macht aber diesen Unterschied nicht, und schließt ihn sogar ausdrücklich durch die Hinweisung auf Art. 46. aus, wonach unbedingt entweder die Eintragung der Ausschließung oder der gedachte Nachweis, also nur diese beiden thatsächlichen Voraussetzungen mit Ausschluß aller sonstigen Umstände das Recht gewähren, die Ausschließung eines Gesellschafters dem Dritten entgegenzusetzen. Der mit den Worten „sofern hinsichtlich" beginnende Schlußsatz des Art. 115. ist erst bei der zweiten Lesung, wie sich aus den gedruckten Protocollen S. 1004. ergiebt, zu dem ausdrücklichen Zwecke angenommen worden, um auch den Fall zu treffen, daß eine offene Gesellschaft sich constituirt und Geschäfte macht, dabei aber die Eintragung und Veröffentlichung der Bestimmung über die Ausschließung eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugniß versäumt oder verzögert, und auch hierbei ist kein Unterschied gemacht, ob etwa die Gesellschaft selbst ohne die Ausschließung eines Gesellschafters von der Vertretung alsbald eingetragen worden ist oder nicht. Nach Art. 110. l. c. treten die rechtlichen Wirkungen des Gesellschaftsverbandes gegen Dritte nicht erst mit der Eintragung, sondern schon mit dem Beginn der Societätsgeschäfte ein; die Eintragung sowohl als der Beginn der Geschäfte sind von gleicher Wirkung für Dritte, und deshalb sind auch die Bestimmungen über die Folgen der Ausschließung eines Gesellschafters Dritten gegenüber unabhängig davon, ob die Gesellschaft schon eingetragen ist oder nur erst ihre Geschäfte begonnen hat.

Kann hiernach Kläger die Nichtverpflichtung der Societät für die an P. geleistete Zahlung aus Art. 115. nicht herleiten, so gilt P. dem Beklagten gegenüber als zur Ver-

Digitized by Google

tretung der Societät befugter Gesellschafter, weil dessen Ausschließung dem Beklagten nicht bekannt gewesen ist, und der zweite Richter hat daher den Art. 114. richtig angewendet und den Art. 110. nicht verletzt, welcher nur den Zeitpunkt des Beginnens, nicht aber den Inhalt und Umfang der rechtlichen Wirksamkeit einer Handelsgesellschaft gegen Dritte festsetzt. Der Art. 86. enthält nur Vorschriften über Anmeldung und Eintragung einer Handelsgesellschaft, und Art. 102. behandelt nur das Rechtsverhältniß der Gesellschafter untereinander; beide Gesetzesstellen können also vom zweiten Richter nicht dadurch verletzt sein, daß er die rechtlichen Wirkungen der Geschäftsführung eines Gesellschafters Dritten gegenüber festgestellt hat.

Demgemäß war die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen.

№ 31.

Verhaftung des Frachtführers.

Ist der Frachtführer zum Ersatze des durch den Verlust oder die Beschädigung des Frachtgutes entstandenen Schadens verpflichtet, wenn dieser durch Unzulänglichkeit der von ihm, oder von seinen Leuten, ausgewählten Transportmittel, — gleichviel, ob dieselbe auf eine Verschuldung ihrer- (seiner)seits zurückgeführt werden kann — entstanden ist?

Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 395.

Digitized by Google

Zwischen dem Spediteur R. in Bromberg und dem dortigen Kaufmann G. bestand ein Abkommen, wonach Ersterer die daselbst für den Letzteren auf der Eisenbahn ankommenden Waaren für denselben in Empfang zu nehmen und sie ihm zuzuführen hatte. Demgemäß ließ sich R. auch am 10. Juli 1865 zehn Fässer Leinöl für G. auf dem Bahnhofe übergeben. Um dieselben aus dem Eisenbahnwagen auf den Rollwagen zu laden, bedienten sich seine Rollknechte einer Schrotleiter. Dabei zerbrach diese, was zur Folge hatte, daß eins der Oelfässer zur Erde fiel und zerbrach, worauf das darin befindliche Oel ausfloß.

Für den ihm hieraus, im unstreitigen Betrage von 134 Thlr. 12 Sgr. 6 Pf. entstandenen Schaden, forderte G. klagend Ersatz von R. in seiner Eigenschaft als Spediteur und Frachtführer. Er ging davon aus, daß der Verklagte nach den Vorschriften des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs, unabhängig von einer Verschuldung, für jenen Schaden haften müsse, berief sich aber auch auf Sachverständige darüber, daß es der Benutzung der Schrotleiter zur Hinüberschaffung der Oelfässer aus dem Eisenbahnwagen auf den Rollwagen unter den vorwaltenden Localverhältnissen überhaupt nicht bedurft habe, hielt ferner dafür, daß es Sache des Verklagten gewesen sei, sich zuvor von der Haltbarkeit der benutzten Schrotleiter zu überzeugen, und machte außerdem geltend, daß Verklagter ihm eine Abladegebühr in Ansatz gebracht habe, gegen deren Entrichtung sonst die Eisenbahn-Güter-Expedition den Transport der Güter aus dem Eisenbahnwagen auf den Rollwagen gegen Uebernahme der Verantwortlichkeit besorge.

Verklagter, der auf Abweisung der Klage antrug, behauptete, unter Berufung auf Sachverständige, daß weder ihm noch seinen Leuten ein Versehen zur Last falle, der Ver-

Digitized by Google

luft vielmehr lediglich in einem von ihm nicht zu vertretenden Zufall seinen Grund habe, wofür er geltend machte, daß die vollkommen tüchtige Schrotleiter von der Güter-Expedition entliehen gewesen, bis dahin stets zu dergleichen Abladungen benutzt worden, auch erst bei dem Transport des sechsten Oelfasses gebrochen sei.

Der Verklagte wurde jedoch unter Aussetzung jeder Beweisaufnahme von dem Kreisgerichte zu Bromberg, dessen Urtel durch Erkenntniß des dortigen Appellationsgerichts vom 2. Mai 1867 bestätigt wurde, nach dem Antrage des Klägers verurtheilt.

Die gegen das Appellations-Urtel eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat der vierte Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 17. October 1867 zurückgewiesen. Dasselbe giebt in Bezug auf die Auslegung des Art. 395. des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs folgende

Gründe.

Der Artikel schreibt vor:

> Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) entstanden ist.

Ob der der Fassung des Artikels mehrseitig (Goldschmidt Zeitschrift für Handelsrecht Bd. III. S. 384.; Mommsen Beiträge Bd. I. S. 243.) gemachte Vorwurf ungenügender Motivirung und mangelnder Definition des Begriffs „vis major" begründet ist, kann hier dahin gestellt bleiben, da die Wortfassung des Artikels in Verbindung mit der Geschichte seiner Entstehung der Ansicht des Appellationsrichters, daß der darin gebrauchte Ausdruck „höhere Gewalt" (vis major)

Digitized by Google

nicht für gleichbedeutend mit casus im weiteren Sinne hat verstanden werden sollen, zur Seite steht.

Daß die beiden Begriffe casus und vis major so wenig in ihrer allgemeinen Anwendung auf Rechtsstreitigkeiten, als insbesondere auf das Receptum, in den Quellen des römischen Rechts, oder auch nur durch die Rechtslehrer dieses und des gemeinen Deutschen Rechts und durch die Rechtssprechung eine bestimmte Begrenzung und strenge Sonderung von einander erfahren haben, ist schon vom Appellationsrichter und dem Imploranten selbst angedeutet worden. Es findet dies seine nahe liegende Erklärung darin, daß auf die Beantwortung der Frage, ob der Begriff „casus" im weiteren Sinne, oder der der „vis major" für zutreffend zu erachten sei, überwiegend die vorwaltenden Umstände des zur Beurtheilung vorliegenden einzelnen Falles von Einfluß sind und das Urtheil darüber fast ausschließlich dem auf feste Grundsätze nicht zurückzuführenden Arbitrium anheimfällt, was wiederum zur Folge hat, daß auch eine begriffliche Begrenzung — Definition — des casus und der vis major in ihrem Verhältnisse zu einander, wenn nicht überhaupt ausgeschlossen, so doch in hohem Grade erschwert ist. Eines näheren Nachweises, in welchem Maaße die bewährtesten Schriftsteller des römischen und gemeinen Rechts über den Grad der Verhaftung bei dem Receptum in ihren Ansichten auseinandergehen, bedarf es hier nicht Es genügt, auf die Aufsätze: das „Receptum nautarum" (S. 58. seq. und 331. seq. Bd. III. der erwähnten Goldschmidt'schen Zeitschrift) und „Inwieweit haftet der Frachtführer und Schiffer für Verlust, insbesondere durch Diebstahl, des Frachtguts" (Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs Bd. II. S. 425.) zu verweisen. Nun

Digitized by Google

wird zwar auch in den nach dem A. D. Handelsgesetzbuch abzuurtelnden Rechtsstreitigkeiten für die Frage, ob ein entstandener Schade vom Frachtführer zu ersetzen sei oder nicht, vorwiegend die Sachlage des Falles maaßgebend sein. Darüber läßt aber das A. D. Handelsgesetzbuch keinen Zweifel, daß eine begriffliche Trennung des „Zufalles", „casus" von der „höheren Gewalt vis major" und ein Gegenüberstellen beider Begriffe beabsichtigt ist, und daß der Frachtführer sich mit der Berufung auf die Entstehung des Schadens durch casus nicht gegen die Verhaftungspflicht hat schützen, während ihm der Nachweis der vis major hat zu Statten kommen sollen.

Zunächst tritt die Gegenüberstellung beider Begriffe schon aus einer Vergleichung der Wortfassung des Art. 394. mit der des Art. 395. hervor. — In ersterem handelt es sich um Verzögerung des Antritts oder der Fortsetzung der Reise. Bei einer solchen wurde nach Ausweis der Nürnberger Verhandlungen (Protocoll vom 15. Juni 1857 ad Art. 309. des Preußischen Entwurfs) beabsichtigt, in Bezug auf die Verhaftung des Frachtführers für Nachtheile des Absenders, mildere Grundsätze zur Anwendung zu bringen, und dem entsprechend bestimmt der Artikel:

daß, wenn der Antritt oder die Fortsetzung der Reise durch Naturereignisse oder sonstige Zufälle zeitweilig verhindert werde, der Absender die Aufhebung des Hindernisses nicht abzuwarten brauche, vielmehr vom Vertrage zurücktreten könne, aber den Frachtführer, „sofern demselben kein Verschulden zur Last falle", entschädigen müsse.

Dagegen ist in dem unmittelbar folgenden, die Verhaftung des Frachtführers für Verlust oder Beschädigung des Frachtguts betreffenden, hier in Rede stehenden Art. 395. demselben die Entschädigungspflicht auferlegt:

Digitized by Google

sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) entstanden ist.

Die Verhandlungen der Nürnberger Conferenz in Verbindung mit dem Preußischen Entwurf zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ergeben aber auch, daß diese Wortwahl reiflich erwogen und aus dem Streite sich einander gegenüberstehender Ansichten über das Maaß der Haftbarkeit des Frachtführers hervorgegangen ist. In dem gedachten Entwurfe (Berlin 1857 S. 58.) lautete der Art. 310. (jetzt 395. des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs):

Der Frachtführer haftet für Verlust und Beschädigung des Guts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung, wenn er nicht beweist, daß er den Verlust oder die Beschädigung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht würde haben abwenden können.

Diese Fassung blieb aber, wenngleich sie dem Frachtführer schon ungleich ungünstiger war, als der, seine Verhaftung von dem Nachweise eines ihm zur Last fallenden geringen Versehens abhängig machende §. 2459. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R., doch hinter dem, was nach Inhalt der Motive zu dem Entwurfe bezweckt war, zurück. Denn, nachdem dort (S. 171. der Motive) vorweg bemerkt ist, daß, abweichend vom Allgemeinen Landrecht, die für die Schiffer geltenden strengen Grundsätze der gemeinrechtlichen actio de recepto auch auf den Frachtführer Anwendung finden müßten, ist als Motiv hierfür das practische Bedürfniß mit dem Bemerken geltend gemacht:

daß die neueren Handelsrechte übereinstimmend den Frachtführer für alle Verluste und Beschädigungen des Guts verantwortlich machten; nur mit Ausnahme derjenigen, welche von „höherer (unabwendbarer) Gewalt" herrührten.

Digitized by Google

Als der preußische Entwurf mit diesen Motiven in der Nürnberger Conferenz zur Berathung gelangte, wurde in der Sitzung vom 12. Juni 1857 (Bd. II S. 793. der Protocolle) von mehreren Seiten das Bedenken angeregt: ob man dem Frachtführer auch die Pflicht zur Tragung des Zufalls, Fälle der höheren Gewalt ausgenommen (beide Begriffe wurden also auch hier einander gegenüber gestellt) aufzubürden habe, und es wurde für die Verneinung dieser Frage geltend gemacht: seine Pflichten könnten nicht so weit gehen, daß man den Frachtführer, wie aus dem Receptum, für den Zufall, Diebstahl u. s. w. einstehen lasse; er stehe dem Schiffer nicht gleich. Bei Weitem der größte Theil der Abgeordneten — so heißt es in dem Protocolle — und namentlich die Mitglieder des Kaufmannsstandes, sprachen sich jedoch für das strengere System aus, nach welchem von dem Fuhrmann eben so, wie von dem Seeschiffer, die volle Haftung aus dem Receptum zu tragen sei, und es wurde nach näherer Motivirung dieser Ansicht mit vierzehn gegen zwei Stimmen die Fassung des Artikels dahin beschlossen (S. 795.).

> Der Frachtführer haftet für den durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes von der Zeit der Empfangnahme an bis zur Ablieferung entstandenen Schaden, wenn er nicht beweist, daß derselbe durch unabwendbare höhere Gewalt (vis major) entstanden sei.

Bei der Lesung des diesem Beschlusse entsprechenden §. 335. des Entwurfs der Commission (Protocoll Bd. III. S. 1229.) wurde nur das Wort „unabwendbar" als zu Härten führend und unbestimmt bemängelt, und Streichung desselben beschlossen. In Folge dessen erhielt der Artikel in dem Entwurfe zweiter Lesung unter der Nr. 371. (Beilage, Bd. Nr. 4. S. LXXIII.) die Fassung, wie sie jetzt der Art. 395. des Handelsgesetzbuchs enthält.

Digitized by Google

Es kam jedoch die vorgedachte Differenz der Ansichten über den Grad der Haftbarkeit des Frachtführers später in dem Protocoll vom 7. Januar 1861 (Bd. XIII. S. 4692.) nochmals zur Sprache. Es wurde wieder bemerkt (S. 4693.):

die Haftung für Casus gehe zu weit; es genüge, wenn er die Pflichten eines ordentlichen Frachtführers erfüllt habe; der Begriff „vis major" sei dunkel.

Dem gegenüber wurde jedoch geltend gemacht (S. 4695.):

es liege in diesen Bemerkungen ein Zurückgehen auf den preußischen Entwurf, dessen Bestimmungen mit großer Majorität abgelehnt seien und der mit der Auffassung des Handelsverkehrs, wie sie allgemein und auch bei anderen Nationen in der neueren Zeit gangbar sei, im Widerspruch ständen. Die Bestimmung des zweiten Entwurfs sei unentbehrlich für den Verkehr. Der Frachtführer müsse geleistet haben, was Menschen möglich sei; er hafte nicht für Ereignisse, denen menschliche Kräfte überhaupt nicht widerstehen könnten. Hiernach sei der Begriff vis major nicht dunkel.

Bei der Abstimmung (S. 4697.) wurde auch eine Aenderung des Entwurfs mit zwölf gegen zwei Stimmen abgelehnt. Darauf ist in der Sitzung vom 8. Februar 1861 (S. 5094.) die Fassung so, wie sie demnächst in den Art. 395. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs übergegangen ist, definitiv angenommen.

Diese, mit überwiegender Majorität gefaßten Beschlüsse, und die ihnen vorangegangenen Berathungen ergeben unverkennbar, daß der Art. 395. dem Frachtführer eine über die Absicht des preußischen Entwurfs hinausgehende Verhaftung für den Verlust des Frachtguts oder einen an demselben entstandenen Schaden hat aufbürden, insbesondere, daß er — im Wesentlichen übereinstimmend mit den dem Schiffer im

Digitized by Google

Art. 607. auferlegten Verpflichtungen — auch für zufällige, ohne seine erweisliche Verschuldung eingetretene Beschädigung hat aufkommen und von der Verhaftung nur ausnahmsweise in dem Falle hat frei sein sollen, wenn die Abwendung eines solchen zufälligen Schadens menschliche Kräfte übersteige.

In den Verhandlungen der beiden Häuser des preußischen Landtages ist etwas von diesen Grundsätzen Abweichendes nirgends ausgesprochen; sie geben überhaupt nichts zum Verständniß des Art. 395. Beitragendes an die Hand. In dem Berichte der Commission des Abgeordnetenhauses (Verhandlungen über die Entwürfe eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs in den beiden Häusern des Landtags, (Berlin 1861 S. 398.) wird der Inhalt des Artikels mit dem Bemerken gebilligt, daß auch nach dem Code de commerce der Frachtführer für den Verlust und die Beschädigung der zu transportirenden Gegenstände nur mit Ausnahme der Fälle einer höheren Gewalt hafte. Der Bericht der Commission des Herrenhauses beschränkt sich auf die Bemerkung, daß die Rechte und Pflichten der Frachtführer zum Theil strenger bestimmt worden seien, als dies im Allgemeinen Landrecht geschehen (S. 507.). In den Sitzungen der beiden Häuser selbst hat der Artikel eine Discussion nicht erfahren.

Von der durch die vorstehend nachgewiesene Geschichte der Entstehung des Artikels an die Hand gegebenen, mit seinem Wortsinne in Einklang stehenden Auffassung desselben ausgegangen, ergiebt sich aber, daß der Vorwurf seiner Verletzung, welchen Implorant daraus herleitet, daß der Appellationsrichter zwischen casus (Zufall) einer-, und vis major (höhere Gewalt) andererseits unterscheide und diese Rechtsbegriffe verkenne, unbegründet ist. Nur dann würde die Beschwerde für gerechtfertigt zu erachten sein, wenn aus dem

Digitized by Google

Artikel herzuleiten wäre, daß nach dem, Inhalts der Erkenntnisse der Vorderrichter vom Verklagten unter Beweis gestellten Sachverhältniß die Ursache der Beschädigung des Gebindes Oel auf eine höhere Gewalt (vis major) im Sinne des Artikels zurückzuführen wäre. Wie weit man aber auch diesen Begriff ausdehnen möge, so kann doch dem Appellationsrichter eine Verkennung desselben nicht beigemessen werden, wenn er das Brechen einer zum Transport der Oelfässer aus dem Eisenbahnwagen auf den Rollwagen benutzten Leiter hier, wo dasselbe nicht durch die Einwirkung fremder, mit der Ausführung des Transports in keiner Verbindung stehender Ereignisse herbeigeführt ist, vielmehr in unzulänglicher Haltbarkeit der Leiter seinen Grund gehabt hat, auf vis major selbst unter der Voraussetzung zurückführt, daß die Leiter von der Güter-Expedition der Eisenbahn entliehen, zur Aufnahme so schwerer Gebinde vollkommen tüchtig, ohne erkennbaren Fehler gewesen und stets zu derartigen Transporten benutzt worden, auch erst bei dem Transport des sechsten Gebindes gebrochen wäre, eine Culpa des Verklagten mithin ausgeschlossen bleibe.

Es stimmen auch mit der dem Appellationsurtel zum Grunde liegenden Auffassung des Ausdrucks „höhere Gewalt" (vis major) im Art. 395. des Handelsgesetzbuchs die Schriftsteller, welche die Auslegung des Artikels zum Gegenstande ihrer Prüfung gemacht haben, im Wesentlichen überein. In dem, S. 399. Bd. VIII. der Goldschmidt'schen Zeitschrift abgedruckten Aufsatz von Koch: „das Frachtgeschäft der Eisenbahnen" wird unter „höhere Gewalt" jedes Ereigniß verstanden, welches im concreten Falle durch menschliche Kraft und Voraussicht, selbst bei Aufwendung der außerordentlichsten Sorgfalt, nicht abgewendet werden konnte (S. 430.).

Digitized by Google

v. Kräwell (Busch's Archiv Bd. II. S. 442.) bezeichnet als „höhere Gewalt" Naturereignisse und neben diesen: „Gewalt höheren Grades", demzufolge er auch den gewaltsamen Diebstahl nur in dem Falle von der Verhaftung des Frachtführers ausschließen will, wenn er unter Anwendung höherer Gewalt, durch Verletzung des Verschlusses oder Ueberwältigung der Wache verübt sei; und Gad, Handbuch des Allg. Deutschen Handelsrechts S. 291. entbindet den Frachtführer von der Verhaftung nur im Falle des von ihm geführten Beweises, daß die Abwendung des Schadens außer seiner Macht lag, und die seine Vorsorge vereitelnden Ereignisse unüberwindlich waren.

In wie weit diese Definitionen des Begriffs „höhere Gewalt" mehr oder minder befriedigen, kann unerörtert bleiben; darin stimmen dieselben aber überein, daß — worauf allein es hier ankommt — dieser Begriff da ausscheidet, wo der Schade durch Unzulänglichkeit der vom Frachtführer, resp. seinen Leuten, ohne Betheiligung des Empfängers, ausgewählten Transportmittel veranlaßt worden ist — gleichviel ob dieselbe auf eine Verschuldung ihrerseits zurückzuführen ist, oder nicht.

Digitized by Google

№ 32.

Bestimmte Bezeichnung der Wechsel-Summe.

Entspricht es den Erfordernissen eines Wechsels, wenn der danach zu zahlenden Geldsumme die Worte „oder Werth“ beigefügt sind?

Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 4. Nr. 2.

Aus zwei, den sonstigen Erfordernissen gezogener Wechsel entsprechenden Urkunden, in welchen aber die zu zahlende Summe auf „49 Thlr. pr. Cour. oder Werth“ bezeichnet war, hatte der Inhaber den Aussteller auf wechselmäßige Zahlung von 98 Thlr. in Anspruch genommen. Die Kreisgerichts-Deputation zu Schwelm unterzog die Frage: ob jene Bezeichnung der Wechselsumme den gesetzlichen Erfordernissen entspreche, keiner Prüfung, und verurtheilte am 11. Juli 1867 den Verklagten nach dem Klageantrage. Das Appellationsgericht zu Hamm unterwarf jene Frage zwar seiner Prüfung, glaubte sie aber bejahen zu müssen, und bestätigte, unter Verwerfung anderer Einwendungen des Verklagten, am 14. August 1867 das erste Erkenntniß.

Auf die vom Verklagten erhobene, auf Verletzung des Art. 4. Nr. 2. der Deutschen Wechsel-Ordnung gegründete Nichtigkeitsbeschwerde hat der vierte Senat des Ober-Tribunals am 24. October 1867 das Appellations-Erkenntniß

Digitized by Google

vernichtet und, unter Abänderung des ersten Urtels, den Kläger mit der erhobenen Wechselklage abgewiesen.

Gründe.

In den beiden Urkunden vom 22. November 1866, aus welchen der Kläger einen Wechselanspruch herleitet, ist die zu zahlende Summe auf „49 Thlr. pr. Cour. oder Werth" angegeben. Obgleich nun aus den Acten nicht ersichtlich ist, daß der Verklagte aus den Zusatzworten „oder Werth" einen Einwand hergeleitet habe, so hat sich der Appellationsrichter dennoch mit Recht der Prüfung unterzogen, ob diese Worte auf die Rechtsgültigkeit der Wechsel von Einfluß seien; denn ob der Inhalt der Urkunden den gesetzlichen Erfordernissen eines Wechsels entspreche, hatte der Richter auch ohne besondere Anregung der Parteien von Amtswegen zu prüfen. Der Richter irrt jedoch in der Annahme, daß jener Zusatz der rechtlichen Wirksamkeit der Urkunden als Wechsel keinen Eintrag thue. Nach Art. 4. Nr. 2. der Deutschen Wechsel-Ordnung gehört zu den wesentlichen Erfordernissen eines gezogenen Wechsels „die Angabe der zu zahlenden Geldsumme". Die Urkunde, welche als gezogener Wechsel gelten soll, muß daher mit Bestimmtheit die Summe Geldes bezeichnen, welche gezahlt werden soll. Mit solcher Bestimmtheit stehen aber die Worte „49 Thlr. pr. Cour. oder Werth" im Widerspruch, da sie nicht nur ungewiß lassen, ob das darin ausgesprochene Wahlrecht dem Zahlungsverpflichteten oder dem Empfangsberechtigten zustehen soll, sondern auch dem Streite darüber Raum geben, was als „Werth" der 49 Thlr. pr. Cour. offerirt werden dürfe und angenommen werden müsse. Zwar sagt der Appellationsrichter: „Der Zusatz „oder Werth" beziehe sich, nach einer notorischen, in Westphalen allgemeinen Usance, nicht auf den Werth, und stelle nicht die Art und Weise, in welcher die Wechselzahlung zu leisten sei, durch

Digitized by Google

eine, dem Art. 4. Nr. 2. der Wechsel-Ordnung entgegen, substituirte Werths-Alternative in Zweifel; vielmehr beziehe er sich lediglich auf das Sortenverhältniß, und schließe sich sonach der durch Art. 37. l. c. gestatteten Disposition des Ausstellers an." Daß die angedeutete „Usance" — wonach sich also die Worte „oder Werth" nicht auf den „Werth", sondern nur auf das „Sortenverhältniß", also, wie es scheint, nur auf die Preußischen Münzsorten, in welchen zu zahlen sei, beziehen sollen — daß diese Usance, zumal allgemein, in Westphalen bestehe, darf jedoch nach einem Erkenntnisse des Appellationsgerichts zu Arnsberg vom 26. Mai 1866 in einer gleichartigen, zur Entscheidung des Ober-Tribunals gelangten Wechselsache in Zweifel gezogen werden. Sollte sie indeß auch wirklich als bestehend anerkannt werden müssen, so würde sie doch gegenüber dem allgemeinen deutschen Sprachgebrauche, wonach unter dem „Werth" einer Geldsumme nicht sie selbst in dieser oder jener Münzsorte desselben Staats, sondern eben ihr „Werth", also ihr Surrogat zu verstehen ist, nicht zur Geltung kommen dürfen. Was aber die Bezugnahme auf den Art. 37. der Wechsel-Ordnung betrifft, so ist darin nur verordnet, daß, wenn ein Wechsel auf eine Münzsorte, die am Zahlungsorte keinen Umlauf hat, oder auf eine Rechnungswährung lautet, die Wechselsumme nach ihrem Werthe in der Landesmünze gezahlt werden darf, sofern nicht der Aussteller die Zahlung der im Wechsel benannten Münzsorte ausdrücklich bestimmt hat; dieses Gesetz kann daher nicht zur Anwendung kommen, wenn, wie hier, die Urkunde weder auf eine Münzsorte, die am Zahlungsorte keinen Umlauf hat, noch auf eine Rechnungswährung lautet.

Sonach hat der Appellationsrichter den Art. 4. Nr. 2. der Wechsel-Ordnung verletzt, indem er Urkunden, welchen das in dieser Gesetzstelle bezeichnete wesentliche Erforderniß

Digitized by Google

eines Wechsels fehlt, gleichwohl Wechselkraft beigelegt hat. Seine Entscheidung muß daher schon aus diesem Grunde, ohne daß es auf Prüfung der weiteren Beschwerde über Verletzung der Nr. 5. desselben Artikels ankommt, vernichtet werden, — woraus zugleich für die Hauptsache folgt, daß das erste Erkenntniß, so weit es den Verklagten auf Grund der Urkunden vom 22. November 1866 zur wechselmäßigen Zahlung von 98 Thlr. nebst Zinsen und 2 Thlr. 16 Sgr. Protestkosten, Provision und Porto verurtheilt, abgeändert, und der Kläger, weil jene Urkunden als gültige Wechsel nicht anzuerkennen sind, auch mit diesen Beträgen abgewiesen werden muß.

№ 33.

Berechnung der Wechselverjährungsfrist nach „Monaten".

Wird bei der Wechselverjährung unter „Monat" der volle Kalendermonat oder eine Frist von dreißig Tagen verstanden?

Allgem. Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 78—80.

Die Handlung W. nahm den Kanzleidiätar J. als den Aussteller eines Wechsels im Regreßwege in Anspruch. Sie hatte ihrerseits den Wechsel ihrem Hintermanne am 5. Sep-

Digitized by Google

tember 1866 bezahlt. Am 5. December dieses Jahres wurde ihre Klage dem Verklagten insinuirt. Hierauf gründete dieser den Einwand der Verjährung, weil unter dem im Art. 79. der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung gebrauchten Ausdrucke: „drei Monate" ein Zeitraum von drei Mal dreißig Tagen zu verstehen, während zwischen dem 5. September und dem 5. December ein längerer Zeitraum verflossen sei.

Dieser Einwand wurde jedoch von dem Kreisgericht zu Münster und auf die Appellation des Verklagten, von dem dortigen Appellationsgerichte verworfen. Dem ist auch der vierte Senat des Ober-Tribunals im Erkenntnisse vom 13. Juli 1867 beigetreten, aus folgenden

Gründen.

Die Beschwerde über Verletzung der Art. 78. bis 80. und des Art. 32. der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung und des §. 550. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R., welche Implorant darauf gründet, daß der Appellations-Richter die im Art. 79. der A. D. W. O. vorgeschriebene dreimonatliche Verjährungsfrist vom 5. September 1866, dem unstreitigen Zahlungstage, bis zum 5. December berechnet habe, anstatt, dem Verlangen des Verklagten gemäß, jedem der drei Monate einen Zeitraum von dreißig Tagen gleich zu stellen und demgemäß die dem Verklagten erst am 5. December insinuirte Klage für verjährt zu erachten, erscheint hinfällig.

Wie Implorant anerkennt, hat sich das Ober-Tribunal bereits in einem Erkenntnisse vom 29. Juni 1852 für die Richtigkeit des hier vom Imploranten bekämpften Princips ausgesprochen. Es ist dort für die Ansicht, daß in Betreff der Berechnung der Frist der drei Monate die Vorschrift des §. 550. Tit. 9. Thl. I. A. L. R., welche, den allgemeinen Bestimmungen über die civilrechtliche Verjährung gemäß, die Festsetzung enthalte, daß der einzelne Monat zu dreißig Tagen

Digitized by Google

zu rechnen sei, auf die Wechselverjährung keine Anwendung finde, geltend gemacht:

daß der Art. 32. der A. D. W. O. auch in dieser Beziehung den bestimmten leitenden Grundsatz aufstelle, daß, wenn die Verfallzeit des Wechsels in einer Frist nach Monaten festgesetzt worden sei, die Verfallzeit an demjenigen Tage des Zahlungs-Monats eintrete, der durch seine Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation des Wechsels entspreche, eine Bestimmung, welche sich auch auf die Wechselverjährung erstrecke.

Dem entsprechend ist auch in dem späteren Erkenntnisse vom 3. Mai 1853 die Verjährungsfrist vom 5. August bis 5. November 1852 berechnet.

An diesem Princip muß auch festgehalten werden. Hätte die Allg. Deutsche Wechsel-Ordnung bezweckt, rücksichtlich der Bedeutung des Ausdrucks „Monat“ in den auf die Verjährung bezüglichen Art. 78. und 79. die in Betreff der Zahlungsfristen im Art. 32. in bestimmtester Weise gegebenen Vorschriften nicht Platz greifen zu lassen, so hätte es hierzu einer ausdrücklichen Festsetzung bedurft. Es findet sich aber auch in den auf die Art. 78. und 79. — §. 3. des Preußischen Entwurfs — bezüglichen Verhandlungen der Leipziger Conferenz — pag. 180. 190. 191. der Leipziger Protocolle — keine Hindeutung darauf, daß die in den Artikeln bestimmten drei-, sechs- und achtzehnmonatlichen Fristen anders, als — dem Art. 32. entsprechend — nach dem Kalender berechnet werden sollen. Ohne einen solchen aus der Geschichte der Entstehung der beiden Artikel herzuleitenden Anhalt darf aber nicht angenommen werden, daß unter der von einem bestimmten Tage ab zu berechnenden Frist von drei Monaten, dem allgemeinen Sprachgebrauche zuwider, auch in dem Falle ein Zeitraum von neunzig Tagen habe verstanden werden sollen,

Digitized by Google

wenn die Berechnung nach dem Kalender einen längeren Zeitraum ergebe. Eine solche Annahme würde sich um so weniger rechtfertigen lassen, als durch die Mitglieder der Leipziger-Conferenz eine Anzahl von Ländern vertreten war, in denen die verschiedenartigsten Particular-Gesetzgebungen galten, weshalb nicht vorausgesetzt werden darf, daß bei der Wahl des Ausdrucks: „Monat" in den Verhandlungen der Conferenz und den Artikeln der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung solche Gesetzgebungen in's Auge gefaßt worden, welche, unabhängig von der Berechnung nach dem Kalender, unter einem „Monat" stets eine Frist von dreißig Tagen verstehen. Gegen eine solche Annahme spricht auch, daß in den gedachten Artikeln selbst eine achtzehnmonatliche Frist bestimmt ist, das vom Imploranten vertheidigte Princip, nach welchem auf jene Frist 540 Tage zu rechnen wären, mithin Behufs Feststellung des Endtermins der Verjährungszeit eine so complicirte, die verschiedene Dauer der Kalender-Monate und die Schalttage berücksichtigende Berechnung erheischen würde, daß voraussetzlich eine solche Bestimmung den Redactoren der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung unzweckmäßig erschienen sein würde.

Implorant behauptet auch mit Unrecht, das Ober-Tribunal habe den in dem gedachten Erkenntnisse vom 29. Juni 1852 ausgesprochenen Grundsatz in dem, Bd. 56. Nr. 41. der Entscheidungen des Ober-Tribunals abgedruckten, Urtel vom 16. Januar 1866 wieder verlassen. In diesem Urtel handelte es sich ausschließlich um die Frage: ob die Insinuation einer Wechselklage auch in dem Falle als Unterbrechung der Verjährung gelten könne, wenn die Klage demnächst zurückgenommen worden sei.

Mit dieser Frage steht der in dem hier vorliegenden Processe zu entscheidende Streit darüber: welcher Zeitraum

Digitized by Google

unter dem in den Art. 78. und 79. der A. D. W. O. gebrauchte Ausdruck: „Monat“ zu verstehen sei, weder direct noch indirect in Verbindung. Wäre daher auch in den Gründen des Erkenntnisses vom 16. Januar 1866 ein Rechtsgrundsatz ausgesprochen, wie er in der Ueberschrift zu dem Abdruck des Urtels in Striethorst's Archiv Bd. 60. S. 334. dahin formulirt ist:

> In Fällen, wo die Allg. Deutsche Wechsel-Ordnung specielle Vorschriften über die Verjährung nicht enthält, ist auf die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts über die Verjährung durch Nichtgebrauch zurückzugehen,

so würde sich hieraus der Schluß, daß das Ober-Tribunal, im Widerspruche mit seinem erwähnten Erkenntnisse vom 29. Juni 1852, für zulässig halte, bei der Berechnung der in den Art. 78. und 79. der A. D. W. O. verordneten Fristen auf den §. 550. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. zurückzugehen, um so weniger ziehen lassen, als die Voraussetzungen jenes Rechtsgrundsatzes hier nicht zutreffen, da die Allg. Deutsche Wechsel-Ordnung in Bezug auf die Verjährungsfristen specielle und ausreichende Bestimmungen enthält, während über die in dem Erkenntnisse vom 16. Januar 1866 streitig gewesene Frage die Entscheidung aus ihren Vorschriften nicht herzunehmen, das Zurückgehen auf allgemeine Rechtsprincipien mithin geboten war. Es ist aber auch in diesem Erkenntnisse ein derartiger allgemeiner Rechtsgrundsatz nicht aufgestellt, vielmehr nur die Ansicht des Appellations-Richters gebilligt:

> daß beim Mangel einer in der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung „hierüber — also über die dort in Frage stehende Unterbrechung der Verjährung — enthaltenden ausdrücklichen Bestimmung, auf die allgemeinen, die Ver-

Digitized by Google

jährung betreffenden Rechtsgrundsätze zurückgegangen werden müsse,

und demnächst bemerkt, daß die Ansicht des Appellations-Richters, daß in Fällen, wo die Allg. Deutsche Wechsel-Ordnung specielle Vorschriften nicht enthalte auf die allgemeinen Principien recurrirt werden müsse, mit dem dort in Bezug genommenen Ober-Tribunals-Urtel vom 30. Januar 1855 nicht im Widerspruche stehe.

№ 34.

Posen. Einpfarrung evangelischer Einwohner zu einer benachbarten Kirche.

War die Generalsynode der beiden evangelischen Confessionen im ehemaligen Großpolen (zu dem das gegenwärtige Großherzogthum Posen gehörte) befugt, die Einpfarrung evangelischer Einwohner zu einer benachbarten evangelischen Kirche, mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen?

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §. 293.

Actus separatus primus zu dem Warschauer Tractate vom 24. Februar 1768; Art. II. §§. 3. bis 5. (Martens Recueil des Traités n. s. w. Band I.)

Die vorstehende Frage ist in dem Processe, welchen die evangelische Kirche zu Birnbaum, durch ihren Vorstand und

Digitized by Google

im Beistande des Fiscus, als Patrons, gegen die evangelischen Einwohner mehrerer benachbarten Ortschaften angestellt hat, streitig geworden.

Die Kirche behauptete, die Einpfarrung dieser evangelischen Confessionen sei durch einen Beschluß der damals bestehenden Generalsynoden der beiden evangelischen Confessionen in Großpolen, vom 9./12. Juni 1777 geschehen, und die Eingepfarrten aus diesen Ortschaften hätten sich auch fortdauernd zur Kirche gehalten, außer den Stolgebühren aber wären von ihnen regelmäßige Beiträge zur Erhaltung des Kirchensystems nicht gefordert worden, so lange das Kirchenvermögen zur Bestreitung der Bedürfnisse hingereicht habe. Als in neuerer Zeit aber die Ausschreibung solcher Beiträge, namentlich zu einem Kirchenbaue, nothwendig geworden, hätten jene Eingepfarrten sich geweigert, eben so viel, wie die Eingepfarrten aus der Stadt Birnbaum, beizutragen, und ihr Widerspruch sei von der Abtheilung der Königlichen Regierung zu Posen, für Kirchen- und Schulwesen, mit Vorbehalt der Entscheidung im Rechtswege, für begründet erachtet worden, weil jene nur als Gastgemeinden bei der Kirche zu Birnbaum anzusehen und deshalb, zufolge §. 743. Tit. 11. Thl. II. A. L. R., nur geringere Beiträge zu leisten hätten. Die Kirche trug daher darauf an, zu erkennen, daß die Verklagten zur evangelischen Kirche in Birnbaum definitiv eingepfarrt und als Eingepfarrte schuldig seien, zu den Kosten der Kirchen-, Pfarr- und Küstergebäude, sowie zu den Kosten aller zum unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauche gewidmeten Sachen, den vollen gesetzlichen Beitrag, gleich allen übrigen, zu dieser Kirche Eingepfarrten, zu zahlen.

Die Verklagten bestritten die Existenz eines Synodalbeschlusses über ihre Einpfarrung zur klagenden Kirche, eventuell dessen Rechtsgültigkeit und daß derselbe zur Ausführung

Digitized by Google

gebracht worden sei, und wendeten ein, daß erst im Jahre 1821 von der Behörde die Einleitung getroffen worden sei, sie einer Kirche zuzuweisen, wonächst dann durch den Beschluß der Königlichen Regierung zu Posen (Abtheilung für Kirchenverwaltung) vom 9. Februar 1825, sie zur Kirche in Birnbaum als Gastgemeinden eingepfarrt worden und jedem einzelnen Eingepfarrten nur ein fester jährlicher Beitrag von resp. 2½ Sgr. und 1¼ Sgr. zur Erhaltung des Kirchensystems, zu Bauten aber nur der vierte Theil dessen, was von den Mitgliedern der eigentlichen Pfarrgemeinde zu leisten sei, auferlegt, zugleich aber auch die Theilnahme an den Predigerwahlen ihnen versagt worden sei.

Sie behaupteten ferner und traten Beweis darüber an, daß der Regierungsbeschluß vom 9. Februar 1825 nicht ohne vorherige Zuziehung der Kirche und der geistlichen Oberen ergangen und derselbe daher rechtsbeständig sei, auch seitdem nach demselben verfahren, namentlich größere, als die dort bestimmten Beiträge von ihnen nicht gefordert worden seien.

Dieser Beweis ist nicht erhoben, vielmehr nur beglaubte Abschrift der betreffenden Stelle des Synodalbeschlusses vom Jahre 1777 beigebracht und darauf vom Kreisgerichte zu Birnbaum nach dem Klageantrage — am 18. December 1866 — erkannt worden, indem dieses Gericht annahm, daß der Streit durch die vermöge des Synodalbeschlusses geschehene Einpfarrung der evangelischen Ortseinwohner zur Kirche in Birnbaum entschieden sei. Auf eingelegte Appellation erkannte dagegen das Appellations-Gericht zu Posen, am 31. Mai 1867, auf Abweisung der Kläger.

Beide Erkenntnisse beschäftigten sich hauptsächlich mit der Frage, ob die Generalsynode der beiden evangelischen Confessionen in Großpolen zu der vorgenommenen Einpfarrung befugt gewesen sei, und beurtheilten dieselbe nach dem

Digitized by Google

Inhalte des Warschauer Tractates vom 24. Februar 1768, durch welchen, unter anderen, den damals so genannten Dissidenten in Polen, die Errichtung von Synoden zur Ordnung ihrer kirchlichen Verhältnisse gestattet worden ist; aber in verschiedenem Sinne, der erste Richter bejahend, der zweite verneinend. Der Appellations-Richter fügte diesem Entscheidungsgrunde noch einen zweiten hinzu, nämlich: daß, wenn man diese Streitfrage auch für zweifelhaft halten möchte, dann die Vorschriften der Preußischen Gesetzgebung zur Anwendung kommen müßten und diesen zufolge die Regierung zu Posen zu dem am 9. Februar 1825 gefaßten Beschlusse competent gewesen sei.

Die Kläger legten die, bei der angegebenen Höhe des Streitgegenstandes nur zulässige Nichtigkeits-Beschwerde ein, indem sie behaupteten, daß das Appellations-Urtel gegen die zur Anwendung gebrachten gesetzlichen Vorschriften, namentlich gegen die des Tractates vom Jahre 1768 gefehlt habe. Diese Beschwerde ist durch das vom ersten Senate des Ober-Tribunales am 3. Januar 1868 erlassene Erkenntniß für begründet erachtet worden.

Die den obigen Streitpunkt betreffenden, in dem einen dieser Processe, nämlich in der Proceßsache gegen die evangelischen Einwohner des Dorfes Neugörzig (wie in den übrigen) gegebenen

Gründe

lauten wie folgt:

Da das Appellations-Urtel principaliter auf den §. 5. im Art. II. des Tractates von 1768 gegründet ist, so kommt es auf die Auffassung dieser gesetzlichen Bestimmung an.

Zum Verständniß dieses §. 5. ist es aber nothwendig auf die vorhergehenden Vorschriften dieses an sich freilich bekannten, doch bisher nur in anderen Beziehungen zur An-

Digitized by Google

wendung gebrachten Staatsvertrages, nämlich des Actus separatus primus zu dem eigentlichen Tractate, in dem von den Dissidenten und den nicht unirten Griechen, im Königreiche Polen gehandelt ist, einen Blick zu werfen, und daran zu erinnern, daß er den Zweck hatte, den vielfachen Bedrückungen der Dissidenten wie der nicht unirten griechischen Christen, in dem damaligen Polen, abzuhelfen. Nachdem daher im Art. I. der katholischen Kirche des Landes der Name und die Eigenschaft der herrschenden Kirche (ecclesiae dominantis) vorbehalten worden, folgte im Art. II. die Aufhebung einer Anzahl von Gesetzen, welche zum Nachtheile der Dissidenten und der nicht unirten Griechen, ergangen waren und darauf die Anerkennung der Gleichheit der Rechte dieser Dissidenten, in politischer Beziehung, mit den katholischen Einwohnern Vom §. 3. dieses Art. II. an, wird auf ihre kirchlichen Angelegenheiten übergegangen. Es wird ihnen der Schutz ihrer Kirchen und aller anderen religiösen Anstalten und milden Stiftungen zugesichert, auch die Errichtung neuer Anlagen und Stiftungen dieser Art gestattet, in den Königlichen Städten und Landgütern zwar nur mit Königlicher Erlaubniß, an anderen Orten aber mit Erlaubniß des Gutsherrn und des betreffenden Consistorii derjenigen Confession, zu deren Nutzen die Kirche u. s. w. erbaut werden soll. Sodann heißt es im §. 4. daselbst in dem lateinischen Texte des Vertrages weiter:

Praeterea Graeci non uniti et Dissidentes habebunt liberum exercitium religionis in extenso, videlicet, actus pietatis ad cultum divinum pertinentes exercendi, sacerdotes ordinandi et vocandi .... Sacramenta administrandi, in quacumque lingua concionandi, hymnos decantandi, copulandi, funera publica ducendi — nec non campanis et organis utendi. Liberum etiam erit Se-

Digitized by Google

nieribus ipsorum, tam saecularibus quam spiritualibus, ecclesias suas visitare, eaque omnia peragere quae consuetudo et ritus utriusque religionis ferunt. — cetera.

Darauf folgt der §. 5. mit dem nachstehenden Inhalte: Cum vero nulla communitas absque subordinatione et disciplina consistere queat, proinde Dissidentes utriusque confessionis plenariam habebunt libertatem propria Consistoria erigendi, Congregationes suas synodales, internum solummodo religionis eorum ordinem concernentes, absque cuiusdam impedimento tenendi, easdem toties, quoties necessarium ipsis visum fuerit, convocandi, in iisdem omnes causas, ipsorum doctrinam ecclesiasticam, ordinem, disciplinam, consuetudines, vitamque et mores sacerdotum concernentes, dijudicandi et ordinandi, casus itidem dispensationis et divortiorum inter conjuges dissidentes utriusque confessionis Evangelicae, decidendi et terminandi, ita ut neque clerus Romanus catholicus, neque domini haereditarii iis sese ingerant, qui ex rationedominii, nec directe nec indirecte, regimini ecclesiastico se immiscere praesumant.

Hiernach ist also:

1. im §. 4. den Dissidenten freie Uebung ihrer Religion in vollem Umfange — liberum exercitium religionis in extenso — nicht nur zugesichert und durch Anführung aller gottesdienstlichen und kirchlichen Handlungen, die darunter zu verstehen sein sollen, erläutert, sondern auch
2. das Recht beigelegt, noch außer den Pfarrern, welche sie berufen und ordiniren lassen dürfen, Kirchenobere — Seniores — zu bestellen, aus dem geistlichen und dem weltlichen Stande, welche Kirchen-Visitationen vornehmen und überhaupt Alles veranlassen dürfen, was die Ge-

Digitized by Google

wohnheiten und Gebräuche ihrer Religion mit sich bringen; sodann aber noch weiter ist,

3. im §. 5. weil keine Genossenschaft ohne Subordination und Disciplin bestehen könne, ihnen die volle Freiheit (plenaria libertas) eingeräumt worden, „eigene Consistorien zu errichten, ihre Synodalversammlungen abzuhalten", allerdings mit dem Beisatze: „daß diese nur auf den internum religionis eorum ordinem sich beziehen dürfen," aber zugleich mit Bezeichnung specieller Gegenstände, mit welchen die Synoden sich zu beschäftigen haben, die sie zu entscheiden und zu ordnen befugt sein sollen, nämlich: omnes causae ipsorum doctrinam ecclesiasticam — die Kirchenlehre — ordinem, die Ordnung, dann die Disciplin, die Gebräuche, und das Leben und die Sitten der Pfarrer betreffen.

Es sind nun lediglich die, bei Erwähnung der Synodalversammlungen hinzugefügten Worte: daß diese nur den internum religionis ordinem zum Gegenstande haben sollen, welche den Appellationsrichter veranlaßt haben, indem er diese Worte mit „innere Religionsangelegenheiten" übersetzt, anzunehmen, daß die Gründung von Parochien, wie Veränderungen in denselben und die Incorporirung einer Gemeinde in eine andere — nicht zu solchen innern Religionsangelegenheiten gehören und daher die Synoden der Dissidenten zu solchen Handlungen nicht berechtigt gewesen seien.

Indessen ergiebt doch der ganze Zusammenhang der vorhin erwähnten Bestimmungen, daß den Dissidenten nicht blos freies Bekenntniß und Uebung des Gottesdienstes, nach Maaßgabe ihres Bekenntnisses, sondern auch eine geregelte Kirchenverfassung, mit einem geordneten Kirchenregimente, gewährt werden sollte. Sie durften nicht blos die zur Abhaltung des Gottesdienstes und zu den anderen kirchlichen

Digitized by Google

Handlungen erforderlichen Geistlichen anstellen, sondern auch Aelteste — Senioren — geistlichen und weltlichen Standes, zur Verrichtung aller Geschäfte, welche nach den Gewohnheiten ihrer Kirchengemeinschaft denselben oblagen, und ferner Consistorien, also ständige Oberbehörden für ihre Kirche, und endlich in den zu berufenden Synoden die höchste Behörde schaffen, welche alles anzuordnen und zu entscheiden hatte, was die Lehre, die Ordnung, die Disciplin u. s. w. betraf.

Das hier wieder gebrauchte Wort ordo wird durch Ordnung nur unvollkommen wieder gegeben, es heißt auch Einrichtung, Anordnung, Verfassung.

So sagt G. L. Böhmer in seinen Principiis juris Canonici, 5. Ausgabe vom Jahre 1785. §. 9.

> Ipsa determinatio eorum quae ad finem ecclesiae obtinendum pertinent, vi potestatis ecclesiasticae facta, est politia, ordo, ordinatio ecclesiae.

Daher wurden den Synoden der Dissidenten auch die nähere Bestimmung über die Verfassung der Kirche beider evangelischen Bekenntnisse übertragen, deren Grundlinie der Tractat nur vorgezeichnet hatte.

Dabei sollten sie freilich nicht über die Grenzen hinausgehen, welche einer so selbstständig gestellten kirchlichen Genossenschaft gezogen werden mußten, wenn sie nicht mit der Landeskirche, oder mit dem Staate in Collision gerathen sollte, also sich beschränken auf die Ordnung ihrer eigenen religiösen und kirchlichen Einrichtungen, d. h. ihrer kirchlichen Verfassung, und dies drücken die Worte aus: daß die Synodalcongregationen nur den internum religionis eorum ordinem zum Gegenstande haben sollten.

Daß nun aber die Errichtung von Pfarrsprengeln nicht einen Theil der kirchlichen Verfassung bilde, läßt sich nicht

Digitized by Google

behaupten. Man kann nur zugeben, daß dieselbe keine rein geistliche Angelegenheit sei, sondern zu den Gegenständen gemischter Natur gehöre, welche, wie Eichhorn in seinen Grundsätzen des Kirchenrechts (Band I. Seite 567) sagt: eine zweifache Beziehung haben, indem sie an sich zwar unter die sacra externa gehören (d. h. zu den Gegenständen, welche sich auf die Religion beziehen aber nicht unmittelbar von religiösen Ueberzeugungen abhängen; nach Seite 554. daselbst) und die deshalb der Verfügung der Kirchengewalt unterworfen sind, zugleich aber das bürgerliche Verhältniß berühren und in soweit der Beurtheilung der Staatsgewalt nicht entzogen werden können.

Daraus leitet Eichhorn aber nur her, daß die sacra externa Gegenstand der bürgerlichen Gesetzgebung werden können, nicht, daß sie es in jeder Beziehung sind, und er verlangt eine organische Gesetzgebung hierüber.

Vorschriften dieser letzteren Art sind in den §§. 4. und 5. des Art. II. nicht enthalten, wohl aber geht aus ihrem Gesammtinhalte hervor, daß den Dissidenten die Synodal-Verfassung gewährt worden ist, und daß die damalige Staats-Regierung sich gar keine Einwirkung in diese kirchlichen Verhältnisse vorbehalten hat.

Auch bei dieser freiesten Kirchen-Verfassung würde eine solche staatliche Einwirkung nicht ausgeschlossen sein. Sie ist bei Landesherren der evangelischen Confession in bald größerem, bald geringerem Umfange wirklich verfassungsmäßig geworden und von den Lehrern des Kirchenrechtes als statthaft anerkannt; (cfr. Eichhorn, Kirchenrecht Band I. Seite 779. ff., Richter, Kirchenrecht, 6. Auflage Seite 437. ff. 464. ff.). Indessen bedarf es doch eben positiver Vorschriften hierüber. Wo sie fehlen und wo der Staat der Autonomie einer, von

Digitized by Google

ihm anerkannten Kirchengesellschaft die Bestellung der Organe ihres Kirchenregimentes ganz allein überlassen, und diesen Organen sogar Gerichtsbarkeit (wie hier in Ehesachen und Disciplinarsachen) beigelegt hat, da wird man nicht fehl gehen in der Annahme, daß derselbe auf keine anderen Rechte, als die das jus majestaticum circa sacra überhaupt in sich schließt, hat Anspruch machen wollen. Eine solche Einschränkung des landesherrlichen Kirchenregiments über die evangelische Kirche fordert auch, unter Anderen Eichhorn a. a. O. Seite 798. in allen Fällen, wo der Regent katholischer Religion ist. Er begründet diese Forderung auf historischem Wege, indem er sagt:

> Die Geschichte setzt außer Zweifel, welche Rechte der bischöflichen Jurisdiction aus der Verleihung des Staates abzuleiten sind, und welche dagegen die christliche Kirche, so lange sie sich dem Staate als eine besondere Gesellschaft gegenüber stellen mußte, stets ihrer Autonomie vindicirt hat. Dahin gehört außer den Rechten, welche in dem eigentlichen Kirchenregimente enthalten sind, auch das Recht, den innern Organismus der Kirche zu bestimmen, mithin die Errichtung und Aufhebung von Kirchengemeinden und Parochien, kirchlichen Schulen und ähnlichen kirchlichen Instituten, die Errichtung und Veränderung der Kirchenbeneficien, das Recht, Kirchendiener wegen kirchlicher Vergehen zu suspendiren oder abzusetzen und die Verwaltung der Güter der Kirchen und kirchlichen Institute.

Aus dieser Darlegung folgt, daß man da, wo Gesetze des Staats, welche etwas Anderes anordnen, nicht erlassen sind, nicht deshalb, weil sie hätten erlassen worden sollen, um das concurrirende Interesse des Staates zu sichern, der kirchlichen Behörde die Ausübung des ihr jedenfalls auch zustehenden

Digitized by Google

Rechtes untersagen darf, sondern es fällt die Mitwirkung des Staates so lange fort, bis er dieselbe durch gesetzliche Vorschriften sich beigelegt haben wird. Es würde sonst in diesen Angelegenheiten, welche doch kirchliche sind, weil sie die innere Organisation der Kirche betreffen, überhaupt nichts, mit Recht, geschehen können. Indem der Appellationsrichter, während er nicht angegeben hat, welche polnische Staatsbehörde denn bei Errichtung der Parochien der Dissidenten hätte mitwirken sollen, doch zugleich ihrer eigenen Kirchenbehörde jede Berechtigung hierzu abspricht, schaffte er für die Angehörigen der evangelischen Kirche im alten Polen, ungeachtet sie, wie der Synodalbeschluß vom Juni 1777 zeigt, und auch sonst bekannt ist, zahlreiche Kirchengemeinden bildeten, den Zustand, daß sie de jure noch gar keine organisirten Kirchengemeinden gehabt haben.

Dadurch würde den, gerade zur Beseitigung eines so rechtlosen Zustandes, mit so großer Anstrengung, und nur durch das Andringen auswärtiger Regierungen zu Stande gebrachten Festsetzungen des Tractates von 1768 ein Haupttheil ihres Werthes entzogen. Einer solchen Annahme widersprechen auch die geschichtlich bekannten Thatsachen, daß die Evangelischen (Dissidenten) in Polen seit dem Jahre 1768 die ihnen zugestandenen Rechte ausgeübt und auf wiederholten Synoden eine kirchliche Verfassung sich gegeben haben, welche bei Einführung der Preußischen Gesetzgebung in Wirksamkeit bestanden hat. (vergl. z. B. Jacobson Geschichte des evangelischen Kirchenrechtes der Provinzen Preußen und Posen. 1839. Seite 243. ff. 274. ff.)

Das Appellationsurtel hat daher gegen die §§. 4—5. im Art. II. des Warschauer Tractates wirklich gefehlt, und zugleich die Vorschriften des A. L. R. Thl. II. Tit 11.

Digitized by Google

§§. 260. 293.—94., wie die Regierungs-Instructionen von 1808 und 1825 hier zur Ungebühr angewendet, und zwar Letzteres aus dem Grunde, weil es gar nicht für zweifelhaft gehalten werden kann, daß nach dem Inhalte jener polnischen oder tractatmäßigen Verordnung, der Generalsynode der Dissidenten, die jetzt bestrittene Befugniß zur Errichtung und Abgrenzung der Parochien eingeräumt war und daher zur Anwendung der späteren preußischen Gesetze über diesen Gegenstand, auf die vor deren Einführung, nach Behauptung der Klägerin, bereits getroffenen Einrichtungen dieser Art, jede Veranlassung fehlt.

Das angefochtene Urtel unterliegt deshalb der Vernichtung.

Was die Hauptsache betrifft, so kann noch nicht erkannt werden, weil, wenn auch der Synodalbeschluß in beweisender Form beigebracht ist, und dessen Publication an die Betheiligten nicht bezweifelt werden kann, die Verklagten doch behauptet haben, daß derselbe nicht zur Ausführung gelangt sei, da sie niemals als Eingepfarrte der Kirche zu Birnbaum behandelt worden, vielmehr stets und auch schon vor dem Regierungs-Resolute vom 9. Februar 1825, jährlich nur 2½ Sgr. und resp. 1¼ Sgr. Beitrag gezahlt, zu den vorgekommenen Kirchen- und Pfarrbauten nur den vierten Theil dessen, was ein Contribuent derselben Classe aus der eigentlichen Pfarrgemeinde entrichtet habe, beigetragen hätten, daß man sie auch bei der Ernennung neuer Pfarrer niemals befragt und aus allen diesen Gründen die Regierung zu Posen angenommen habe, daß sie noch zu keiner Kirche gewiesen wären, deshalb mit ihnen hierüber verhandelt und vor Abfassung des Regierungs-Resoluts über diesen Gegenstand auch die Kirche zu Birnbaum und die geistlichen Oberen gehört

Digitized by Google

worden seien. Es sind über diese Einwendungen Beweismittel, durch Berufung auf Acten der Regierung und durch Eidesdelationen, angegeben worden und deren Erhebung, wie de Gegenbeweises, ist daher nothwendig, um demnächst darüber entscheiden zu können, ob die Evangelischen in Neugörtzig für Eingefarrte der klagenden Kirche, in Folge des Synodalbeschlusses von 1777 zu erachten seien, oder ob sie nur als vagirende Religionsgenossen sich zu dieser Kirche gehalten haben, so daß bei Einführung des Allgemeinen Landrechts sie dann allerdings, nach Vorschrift des §. 293. Tit. 11. Thl. I. mit Recht von der Königlichen Regierung so, wie geschehen, behandelt worden sein würden. Der klagenden Kirche aber würde in diesem letzten Falle die Befugniß, dieses so begründete Rechts-Verhältniß der Verklagten zu der Kirche, auf Grund jenes Synodalbeschlusses von 1777 wieder aufzuheben, nicht eingeräumt werden können.

Daher mußte, unter Aufhebung des ersten Erkenntnisses, die Vervollständigung des Verfahrens in erster Instanz und demnächst die anderweitige Entscheidung der Sache, salvis remediis angeordnet werden.

Digitized by Google

№ 35.

Kirchenpatronat.

Ist eine Trennung der Rechte eines, auf einem Gute ruhenden Patronats, von den Lasten desselben in der Art zulässig, daß der Besitzer des Guts bei dessen Verkaufe sich und seiner Familie die Ausübung aller Patronatsrechte vorbehält, die Lasten dagegen bei dem Gute beläßt?

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §§. 568. ff. 580. 598. 617.
Cabinets-Ordre vom 9. Januar 1812 (G.-S. S. 3.)
Verordnung vom 30. August 1816 (G.-S. S. 207.)
Gesetz vom 8. Mai 1837 (G.-S. S. 99.)

Das Patronat über die katholische Kirche in P. ruhte auf der Güterherrschaft W. Durch Vertrag vom 3. August 1846 verkaufte der v. G. die Herrschaft W. an einen gewissen Ps. Bezüglich des Patronats ist in jenem Vertrage bestimmt:

daß alle Rechte des Patronates von dem Verkäufer und dessen Nachkommen ausgeübt, alle Lasten des Patronats dagegen von dem Besitzer von W. getragen werden sollen.

Der Erzbischof von Gnesen und Posen hat am 15. November 1855 seine Einwilligung ertheilt, daß das Patronat von dem v. G. und seinen Nachfolgern als persönliches Patronat ausgeübt werde.

Digitized by Google

Der gegenwärtige Besitzer der Herrschaft W., der Rittergutsbesitzer B. hat eine solche Trennung der Rechte des Patronats von den Lasten überhaupt für unstatthaft, außerdem aber auch die Genehmigung des Erzbischofs nicht für genügend erklärt und gegen den v. G. mit dem Antrage geklagt, zu erkennen, daß Verklagter nicht berechtigt, für sich und seine Nachkommen die Rechte eines Patrons der katholischen Kirche zu P. auszuüben. Verklagter bestritt den Anspruch in der Hauptsache, bemängelte daneben auch die Legitimation des Klägers, weil derselbe die Herrschaft W. ohne die Patronatsrechte erworben und letztere auch später nicht durch Cession abgetreten erhalten habe.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Rogasen, verurtheilte den Verklagten, indem er zwar die Abtrennung der Rechte des Patronats von den Lasten desselben an sich für zulässig, indeß die Genehmigung des Erzbischofs nicht für ausreichend erachtete. Das Appellationsgericht zu Posen hat indeß durch Erkenntniß vom 11. Januar 1861 den Kläger abgewiesen. Es verwarf zwar den, die Activlegitimation betreffenden Einwand, hielt dann aber in der Hauptsache die Trennung der Rechte von den Lasten des Patronats für gesetzlich statthaft und die Einwilligung des Erzbischofs für ausreichend.

Dieses Erkenntniß ist von dem ersten Senate des Ober-Tribunals am 21. October 1867 bestätigt und zwar aus folgenden

Gründen.

Unbestritten war das Patronat über die katholische Kirche in P. mit der Güterherrschaft W. verbunden — ein Real-Patronat — §. 598. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. — als der Verklagte bei dem Verkaufe jener Herrschaft, durch Vertrag vom 3. August 1846, sich und seinen Erben die Pa-

Digitized by Google

tronatsrechte vorbehielt, die Lasten aber bei W. ließ. Kläger als gegenwärtiger Besitzer dieser Herrschaft W. erscheint daher an sich zwar legitimirt, wie der vorige Richter auch angenommen, jene Absonderung der Patronatsrechte von den Lasten des Patronats als unzulässig anzufechten und die ersteren für sich in Anspruch zu nehmen, wenngleich er erst später durch den Kaufvertrag vom 20. Juli 1863 in den Besitz der Herrschaft gelangt ist und die Rechte aus dem früheren Vertrage von seinen Vorbesitzern nicht cedirt erhalten hat; denn wäre, wie er behauptet, und worauf er seine Klage stützt, jene Trennung der Rechte von den Lasten des Patronats gesetzlich unstatthaft und letzteres untrennbar mit der Güterherrschaft W. verbunden, so würde es auch mit letzterer auf ihn übergegangen und er somit befugt sein, dieses sein Recht wider den, die Patronatsrechte für sich in Anspruch nehmenden, Verklagten im Wege des Processes auszuführen. Der in das Hypothekenbuch eingetragene Vermerk dieser Abtrennung würde dem nicht entgegenstehen. Die Prüfung des Legitimationspunktes hängt hiernach wesentlich mit der Hauptsache zusammen.

Kläger erklärt in der Klage die Verabredung in dem Vertrage vom 3. August 1846, zwischen dem Verklagten als Verkäufer und dem Ps. als Käufer von W.: daß alle Rechte des Patronats von dem Verklagten und seinen Nachkommen ausgeübt, alle Lasten und Pflichten vom Gutseigenthümer getragen werden sollen, für ungültig, weil sie wider die Landesgesetze verstoße. Ob er dabei die Trennung der Rechte von den Pflichten des Patrons, oder die Trennung des Patronats von dem Gute W. im Sinne gehabt hat, läßt sich mit Sicherheit nicht ersehen. In der Klage scheint er nur Letzteres haben behaupten und nur darauf seinen Anspruch haben gründen wollen; denn er beruft sich dort zur Unter-

Digitized by Google

stützung lediglich auf die §§. 580. 598. Thl. II. Tit. 11. A. L. R.: diese aber sprechen nur von der Trennung des Patronats überhaupt, von dem berechtigten Gute und davon, daß demjenigen die Ausübung zustehe, der das bürgerliche Eigenthum besitzt. In der Revisionsschrift dagegen wird die Absonderung der Rechte von den Lasten des Patronats als gesetzlich unstatthaft erklärt, hier aber ein Gesetz für diese Behauptung nicht allegirt. Nach beiden Richtungen hin irrt Kläger. —

Der §. 568. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. bezeichnet denjenigen als Kirchenpatron, welchem die unmittelbare Aufsicht über eine Kirche nebst der Sorge für deren Erhaltung und Vertheidigung obliegt. Unter dem Marginale: Rechte und Pflichten des Patrons wird im §. 584. als Pflicht genannt:

> die Sorge, für Erhaltung der Kirche, bei Ermangelung eines hinlänglichen Kirchenvermögens, aus eigenen Mitteln beizutragen.

In den §§. 585—597. werden dann die Rechte des Patrons ganz umständlich aufgeführt. In den §§. 569—584. wird davon gehandelt, wie das Patronat über eine Kirche erworben wird und in den §§. 610—617. davon, wie es wieder aufhört. Erworben kann es werden durch Bau oder Dotirung einer Kirche, durch Auftrag Seitens der Kirchengesellschaft, durch Verjährung. Aufhören kann es durch Entsagung mit Genehmigung der Gemeinde und geistlichen Obern; durch Verjährung können einzelne unter dem Patronatsrechte begriffene Befugnisse verloren gehen. Das Patronat mit den darunter begriffenen Rechten und Pflichten ist danach Gegenstand des Privateigenthums, wenngleich beschränkt durch das Interesse der Kirche und des Staats; es ist in so weit auch nicht der freien Disposition der Betheiligten entzogen.

Digitized by Google

Kann das Patronat gleich anderen Gegenständen des Privateigenthums durch Willenserklärung der Betheiligten erworben und aufgegeben werden, können einzelne Befugnisse und Rechte durch Nichtgebrauch verloren gehen, so ist auch nicht ersichtlich, weshalb nicht die Rechte und Lasten in gleicher Weise geändert und schließlich von einander getrennt werden könnten. Die allegirten Vorschriften stehen solcher Trennung nicht entgegen. Kläger hat auch keine anderen als die weiter unten noch zu erörternden §§. 580. und 598. in Bezug genommen. Im Gegentheil, daraus, daß nach §. 612. einzelne unter dem Patronat enthaltene Rechte — also auch nach und nach alle diese Rechte — durch Nichtgebrauch verloren gehen können und dann nothwendig nur die Lasten und Pflichten allein übrig bleiben würden, muß gefolgert werden, daß an sich eine Absonderung der Rechte des Patronats von den Lasten desselben nicht für unzulässig angesehen werden kann. In dem einseitigen Aufgeben der Rechte, sei es durch Nichtgebrauch oder ausdrückliche Entsagung, liegt schon eine Trennung dieser Rechte von den Pflichten. Auf die Zulässigkeit solcher Trennung deutet ferner auch die Bestimmung §. 617. l. c.

> Es — nämlich ein Collegium, eine Corporation oder Commune, welches die Ausübung des ihm zustehenden Patronats Jemanden aus seinem Mittel überträgt — kann sich aber dadurch den zum Patronate gehörigen Pflichten zum Nachtheile der Kirche nicht entledigen.

Und ferner §. 582., nach welchem Personen, die zu keiner der vom Staate aufgenommenen oder geduldeten christlichen Religionsparteien gehören, das Patronatrecht über eine Kirche nicht ausüben können. Es ist hier zwar wegen der Lasten nichts bestimmt, indeß eben daraus geht hervor, daß diese,

Digitized by Google

als unverändert auf dem Gute ruhend, von dem Besitzer getragen werden müssen.

Es fehlt aber auch in der späteren Gesetzgebung nicht an Beispielen solcher Trennung der Rechte des Patronats von den Pflichten und Lasten. Die Cabinets-Ordre vom 9. Januar 1812 verordnet, in Betracht der kirchlichen Verfassung und guten Kirchenzucht, sowie aus finanziellen Rücksichten: daß künftig bei Veräußerung der Domainen und geistlichen Güter die Patronatsrechte nicht mit verkauft, sondern dem Staate vorbehalten, die Patronatslasten aber nach ihrem jährlichen Durchschnitte veranschlagt, als Canon auf die Güter gelegt und von den Erwerbern gezahlt werden sollen.

Die Verordnung vom 30. August 1816 bestimmt: daß das auf Gütern, die sich im Besitzthume jüdischer Glaubensgenossen befinden, haftende Patronatsrecht über christliche Kirchen, für die Besitzzeit jüdischer Erwerber und deren Benutzung gänzlich ruhe, daß daher der Pfarrer und die Kirchenbedienten in evangelischen Gemeinden von der Provinzial-Behörde, in katholischen von den Bischöfen ganz in derselben Art bestellt werden, als ob kein Patron vorhanden oder dessen Recht auf sie übergegangen sei; daß die Beiträge und Leistungen aber, zu denen der Patron verbunden ist, in allen Fällen aus den Einkünften des Gutes bestritten werden.

Kläger will in diesen, schon vom Appellationsrichter herangezogenen Bestimmungen nur Ausnahmen von der Regel, und damit eine Bestätigung des Grundsatzes finden: cujus est onus ejus est honos. Die Cabinets-Ordre und die spätere Verordnung erklären aber gar nicht, daß eine solche Absonderung der Rechte von den Lasten des Patronats in jenen Fällen, ausnahmsweise zulässig sein solle, sondern die Zulässigkeit solcher Trennung wird als unzweifelhaft betrach-

Digitized by Google

tet und nur angeordnet, daß in jenen Fällen sie jedesmal eintreten solle.

Aehnlich ist in dem Gesetze vom 8. Mai 1837 verordnet: daß während der Dauer des Besitzes eines durch Criminal-Erkenntniß zu Zuchthaus, oder wegen Meineid, Diebstahls, Betruges zu irgend einer Strafe verurtheilten Gutsbesitzers das Patronat vom Staate ausgeübt, die Lasten aber aus dem Gute eingezogen werden sollen.

Im Allgemeinen läßt sich somit die Trennung der Rechte von den Lasten des Patronats als gesetzlich unzulässig nicht ansehen, daß aber im vorliegenden besonderen Falle die Eigenthümlichkeit der Rechte und Lasten des Patronats der Kirche in P. einer Trennung derselben entgegenstehen, ist gar nicht behauptet, läßt sich auch nicht beurtheilen, da weder angegeben ist, worin die Rechte, noch auch, worin die Lasten dieses Patronats bestehen. Gleich unbegründet ist die lediglich aus den §§. 580. 598. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. hergeleitete Behauptung des Klägers, daß eine Trennung der Patronatsrechte von der Herrschaft W. nicht statthaft sei. Der §. 580. gestattet im Gegentheil die Absonderung des Patronats von dem Gute, auf dem es gehaftet hat, und verlangt nur die ausdrückliche Genehmigung der geistlichen Obern, und der §. 598. spricht überhaupt nur davon, wem die Ausübung des auf einem Gute haftenden Patronats zusteht, ist somit für die vorliegende Streitfrage vollständig unerheblich.

Ist hiernach eine Trennung der Rechte von den Lasten des Patronats weder überhaupt für unzulässig zu erachten, noch auch im vorliegenden Falle an sich unstatthaft, so erscheint auch Kläger nicht legitimirt, die in dem Vertrage vom 3. August 1846 zwischen dem jetzigen Verklagten, als Verkäufer, und dem P. als Käufer, getroffene Verabredung an-

Digitized by Google

zufechten. Er hat das Gut ohne die Patronatsrechte gekauft, Rechte aus dem Vertrage nicht cedirt erhalten, kann aus demselben also auch nicht Rechte wider den Verklagten verfolgen. Insbesondere ist er nicht berechtigt, darauf einen Anspruch zu gründen, daß die zu jener Verabredung etwa erforderliche Genehmigung der geistlichen Obern nicht ertheilt, somit die Trennung nicht in rechtsverbindlicher Weise geschehen sei. Es ist der Anspruch aber auch in dieser Beziehung nicht begründet.

(Die weitere diese Frage betreffende Ausführung wird hier übergangen.)

№ 36.

Expropriation zu Deichzwecken.

1. Ist in dem Processe, welcher in Veranlassung einer Expropriation „zu Deichzwecken" über die Höhe der zu gewährenden Entschädigung stattfindet, der Richter befugt, auch die Gesetzmäßigkeit der erfolgten Enteignung zu prüfen, und je nachdem, nicht blos Vergütung des gemeinen Werthes, sondern auch des außerordentlichen, zuzusprechen?

2. Kommt es bei Bestimmung des Expropriationswerthes nur darauf an, welchen Nutzen der des

Digitized by Google

Besitzes Entsetzte von dem Grundstücke ziehen konnte, als die Enteignung stattfand?

Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 (G.-S. S. 54.) §. 20.

Allgemeine Bestimmungen für künftige Deichstatute zufolge der Allerh. Ordre vom 14. November 1853 (G.-S. S. 935.) §§. 21. 23. A. L. R. Thl. I. Tit. 11., §§. 8. ff., Tit. 2. §§. 111—114.

Justiz-Minist.-Blatt von 1864 S. 348. ff.

In dem unweit Potsdam zwischen dem Neuen Palais und der Havel belegenen Golmer Bruch sind die Eigenthümer aller eingedeichten und noch einzudeichenden Grundstück zu einem Deichverbande unter dem Namen: „Deichverband des Golmer Bruches" durch das Allerhöchst ertheilte Statut vom 18. April 1855 vereinigt worden (Ges.-S. von 1855 S. 246.). Dem Verbande ist unter Anderem die Aufstellung einer Dampfmaschine nebst Zubehör zur Pflicht gemacht (§. 2c. des Statuts). Die in Folge dessen am Golmer und Haveldamme errichtete Dampfmaschinen-Anlage überließ der Verband mittelst Vertrages vom 9. October 1857 einem gewissen Bl. zum Betriebe mit der Pflicht:

durch die vorhandenen und noch anzulegenden Schöpfwerke das im Vereinsgebiete sich ansammelnde Wasser nach Anordnung der Deich- und höheren Verwaltungs-Behörde fortzuschaffen.

Bl. sollte aber auch mit ihm zu beschaffenden Mitteln eine Dampfschneidemühle einrichten und in Betrieb setzen, um dadurch die Kosten des Schöpfens größtentheils zu decken.

Nachdem Bl. den jetzigen Kläger Br. durch den von der Verwaltungsbehörde bestätigten Vertrag vom 10. November

Digitized by Google

1857 als Socius angenommen hatte, ist die Dampfschneidemühle ins Leben getreten. In ihrer Nähe und in der Nähe eines dort von dem Verbande angelegten Kanals kaufte Bl. für angeblich 250 Thlr. von dem Kaufmann R. vermöge Vertrages vom 9. Februar 1858 eine Parcelle von 2 Morgen 10 □Ruthen, welche als Holzplatz für den Betrieb der Schneidemühle benutzt worden ist.

Die Socien Bl. und Br. trennten sich nach kurzer Zeit, indem der Erstere zufolge der Verträge vom 9. December 1859 und 10. März 1860 dem Br. alle Rechte aus dem mit dem Deichverbande eingegangenen Rechtsverhältnisse und zugleich das Alleineigenthum an dem erwähnten Grundstücke abtrat. —

Demnächst entstanden zwischen dem Verbande und Br. Differenzen. Dem Letzteren wurde zum Vorwurf gemacht, daß er seinen Pflichten zur Entwässerung des Bruches nicht gehörig nachkomme. In dem gegen ihn angestrengten Processe ist der Vertrag vom 9. October 1857 nebst Nachträgen rechtskräftig für aufgehoben erklärt.

Schon vorher war auf Antrag der Verwaltungsbehörde vom 25. Februar 1862 die gerichtliche Sequestration des von Br. betriebenen Dampf-, Schöpf- und Schneidemühlen-Etablissements nebst allen dabei benutzten Grundstücken eingeleitet worden. Als der Proceß zu Gunsten des Deichverbandes entschieden war, veranlaßte das Deichamt in Uebereinstimmung mit der Königlichen Regierung zu Potsdam die Expropriation der früher R.'schen Parcelle als für die Zwecke des Verbandes unentbehrlich. Sie ist als Wiese abgeschätzt worden. Durch die Verfügung des Deichhauptmannes vom 14. Juli 1865 ist dem Br. mit Bezug auf die §§. 21. 23. der Allgemeinen Bestimmungen für Deichstatute vom 14. November 1853 (Ges.-S. S. 935.), auf welche das Statut

Digitized by Google

des Golmer Deichverbandes vom 18. April 1855 im §. 10. verweist, eine Entschädigung von 151 Thlr. angeboten.

Hiergegen hat Br., welchem dieser Erlaß am 26. Juli 1865 behändigt worden, am 21. August desselben Jahres den Rechtsweg durch Klageanmeldung und am 24. August durch Anstellung der gegenwärtigen Klage betreten.

Das Grundstück, welches nach dem Einverständnisse beider Theile durch Expropriation in das Eigenthum des Deichverbandes übergegangen ist, besteht nach dem Anerkenntnisse des Klägers in eingedeichtem Vorlande. Wie der Letztere vorträgt, hat dasselbe niemals die Bestimmung zur Wiese gehabt. Als Sumpf soll es, auf Grund des mit R. geschlossenen Vertrages erworben, mit namhaften Kosten durch Erde ausgefüllt und zu einem Holztrockenplatze hergestellt sein. In dieser Eigenschaft sei es dem Kläger, so lange er die Schneidemühle betrieben, unentbehrlich gewesen. In derselben Eigenschaft sei es auch dem verklagten Deichverbande nothwendig.

Der Kläger verlangt deshalb den Taxwerth als Holztrockenplatz, berechnet diesen auf 8000 Thlr. und hat beantragt:

ihm 8000 Thlr. nebst fünf Procent Zinsen seit dem 15. April 1862 (dem Tage der eingeleiteten gerichtlichen Sequestration) zuzusprechen.

Er erblickt in seinem Anspruche nur die Forderung des gemeinen Werthes, welchen das Grundstück für ihn als Trockenplatz gehabt hat, für den Deichverband noch hat und für jeden Besitzer der Dampfschneidemühle künftig haben wird. Wäre es ihm nicht enteignet, so würde, seiner Ausführung gemäß, er und jeder Nachfolger im Besitze desselben in der Lage sein, es dem Verklagten für die Dampfschneide-

Digitized by Google

mühle als Trockenplatz zu vermiethen und hierdurch als solchen zu nutzen.

Eventuell hält der Kläger seinen Anspruch aber auch aufrecht, wenn man darin die Forderung des außerordentlichen Werthes erkennen wollte. Die Bestimmung des §. 23. der Allgemeinen Bestimmungen für Deichstatute, wonach der außerordentliche Werth bei Abschätzung des „zu Schutz- und Meliorations-Anlagen" expropriirten Landes nicht in Anrechnung zu bringen ist, hält der Kläger für den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Denn das fragliche Grundstück sei in Wahrheit nicht für solche Anlagen, sondern nur für die Schneidemühle — die die Natur einer gewerblichen Anlage habe — erforderlich gewesen.

Der Verklagte widersprach seiner Verurtheilung.

Das Kreisgericht zu Potsdam wies ohne Beweisaufnahme den Kläger durch Erkenntniß vom 11. April 1866 ab. Das Kammergericht veranlaßte eine solche und erkannte dann am 4. April 1867 reformatorisch, daß der Einwand des Verklagten:

daß Kläger nur befugt sei, den gemeinen Werth des dem Golmer Deichverbande im Wege der Expropriation übergeeigneten Grundstücks ersetzt zu verlangen, zu verwerfen, Kläger vielmehr für befugt zu erachten, den außerordentlichen Werth der expropriirten 2 Morgen 10 □Ruthen erstattet zu verlangen und behufs Ermittelung der Höhe der hiernach dem Kläger zustehenden Forderung die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuweisen.

Von dem Verklagten ist die Revision eingelegt.

In der Sitzung vom 18. December 1867 hat der dritte Senat des Ober-Tribunals das zweite Erkenntniß geändert und das erste wiederhergestellt.

Digitized by Google

Gründe.

Das Allgemeine Landrecht behandelt in den §§. 4. bis 11. Thl. I. Tit. 11. die Enteignung einer Sache, welche zum öffentlichen Wohle geschieht, als einen Zwangsverkauf. In Ermangelung einer Preiseinigung bewilligt es den nach dem Ermessen vereideter Taxatoren zu bestimmenden außerordentlichen Werth. Es ist hierüber rechtliches Gehör statthaft, während die Entscheidung darüber, ob der Fall der Nothwendigkeit des Verkaufs im gemeinen Interesse vorhanden sei, dem Oberhaupte des Staates vorbehalten ist.

In Specialgesetzen, und zwar sowohl in provinziellen als allgemeinen ist hiervon mehrfach abgewichen. Eine solche Abweichung besteht auch für Expropriationen zu Deichzwecken. Das für alle damaligen Theile der Monarchie erlassene Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 (Ges.-S. S. 54.) verordnet für Deichverbände im §. 20. wie folgt:

> Die Eigenthümer der eingedeichten Grundstücke und Vorländer sind verpflichtet, auf Anordnung der Deichbehörde dem Verbande den zu Schutz- und Meliorations-Anlagen erforderlichen Grund und Boden gegen Vergütung abzutreten ꝛc. Der außerordentliche Werth ist bei Festsetzung der Vergütung nicht in Anrechnung zu bringen.

Ferner heißt es in den durch die Allerhöchste Ordre vom 14. November 1853 veröffentlichten Allgemeinen Bestimmungen für künftige Deichstatute (Ges.-S. S. 935.):

> §. 21. Die Eigenthümer der eingedeichten Grundstücke und Vorländer sind verpflichtet, auf Anordnung des Deichhauptmannes dem Verbande den zu den Schutz- und Meliorations-Anlagen erforderlichen Grund und Boden abzutreten ꝛc.,

sowie §. 23. Bei Feststellung der nach dem §. 21. zu gewährenden Vergütung ist der außerordentliche

Digitized by Google

Werth nicht in Anrechnung zu bringen. Der Betrag wird nach vorgängiger, unter Zuziehung des Besitzers zu bewirkender Abschätzung von dem Deichamte, oder in eiligen Fällen von dem Deichhauptmanne, vorbehaltlich der Genehmigung des Deichamtes, interimistisch festgesetzt und ausgezahlt.

Ueber die Höhe der Vergütung ist innerhalb vier Wochen nach erfolgter Bekanntmachung des festgesetzten Betrages der Rechtsweg zulässig ꝛc."

Diese allgemeinen Normen gelten für den Deichverband des Golmer Bruches, dessen Statut vom 18. April 1855 im §. 10. darauf verweist, insbesondere die citirten §§. 21. 23. nicht abgeändert hat.

Das von dem Kläger früher besessene, ehemals R.'sche Grundstück von 2 Morgen 10 □Ruthen gehört, wie derselbe anerkannt hat, zu dem Vorlande des Deichverbandes. Es ist ihm, was nicht streitig, auf Grund der allegirten Vorschriften durch die Deichbehörde in Uebereinstimmung mit der Königlichen Regierung zu Potsdam, als für die Schutz- und Meliorations-Anlagen des Deichverbandes erforderlich, enteignet und die Vergütung dafür auf 151 Thlr. festgesetzt. Von keinem Theile wird behauptet, daß die Expropriation im Wege Rechtens anzufechten sei. Das Gegentheil folgt auch zweifellos aus dem Gesetz. Nur in Betreff der Entschädigung steht dem Kläger, wie der Appellationsrichter ausführt, der Rechtsweg zu. Wenn aber der Vorderrichter diesen für so weit eröffnet erachtet, daß er die Expropriation zwar als unabänderliche Thatsache betrachtet, bei der Beurtheilung der Entschädigung dagegen einen völlig freien Standpunkt einnehmen zu müssen glaubt, die erfolgte Expropriation in ihrer Gesetzmäßigkeit prüft und auf Grund der Beweisaufnahme feststellt,

Digitized by Google

daß sie für Schutz- und Meliorations-Anlagen des Deichverbandes nicht erforderlich gewesen sei,

deshalb auf die §§. 8. 9. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. zurückgeht und den Kläger zur Forderung des außerordentlichen Werthes der enteigneten Parcelle für befugt erklärt, so kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Ihr widerspricht, daß die von der competenten Behörde bewirkte Expropriation als solche dem Rechtswege nicht unterworfen ist. Hing sie, wie der Appellationsrichter einräumt, als Act der Staatsregierung lediglich von der Bestimmung der Verwaltungsbehörde ab, so ist die Enteignung nicht sowohl als thatsächliche, sondern als rechtliche Basis für die Entschädigungsfrage anzusehen, d. h. die Gerichte haben nicht selbstständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen zutreffen, unter denen die Deichgesetzgebung den Eigenthümer verpflichtet, sein Eigenthum gegen den Ersatz des gemeinen Werthes herzugeben, sie sind vielmehr an den Ausspruch der competenten Verwaltungsbehörde, welcher insofern präjudiciellen Character hat, gebunden. Hielt der Kläger die Expropriation dem Gesetz nicht gemäß, so blieb ihm der Recurs auf dem geordneten Beschwerdewege offen. Im Rechtswege kann ihm ein Schutz, sei es auch nur durch Zusprechung des außerordentlichen Werthes, nicht zu Theil werden.

Der Appellationsrichter fehlt, indem er sagt:

die Frage, wie hoch die Entschädigung des früheren Eigenthümers abzumessen, ist der Entscheidung der Gerichte vorbehalten, damit aber nothwendig auch die für die Abmessung der Entschädigung wesentliche Vorfrage:

ob in einem gegebenen Fall nur der gemeine Werth zu ersetzen ist?

Eine solche Nothwendigkeit waltet an sich nicht ob. Die Vorfrage kann überhaupt als offene nicht entstehen, wenn

Digitized by Google

man die Expropriation als rechtsgültig annehmen muß. Dem Gesetzgeber hat es durchaus fern gelegen, jene Vorfrage dem freien richterlichen Ermessen zu unterbreiten. Denn der §. 23. der Allgemeinen Bestimmungen für künftige Deichstatute vom 14. November 1853 gestattet zwar im dritten Alinea den Rechtsweg über die Höhe der Vergütung. Er schließt aber in seinem ersten Alinea die Anrechnung des außerordentlichen Werthes bei Feststellung der Vergütung ausdrücklich aus. Damit ist dem Rechtswege eine Grenze gesetzt, welche der Richter nicht überschreiten darf, ohne mit dem Gesetz in Widerspruch zu gerathen. Wohin das Gegentheil führt, welche Inconsequenzen es in Gefolge hat, beweist die Entscheidung des Appellationsrichters. Unter Anwendung der §§. 8. 9. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. spricht der Richter den außerordentlichen Werth zu, obgleich es an der Bedingung jener Paragraphen — an einer Expropriation durch Entscheidung des Staats-Oberhauptes — gänzlich fehlt.

Die erfolgte Enteignung fällt entweder in das Gebiet der Deichgesetze oder nicht. In dem ersten Falle entscheiden diese Gesetze auch über die Entschädigung. In dem zweiten Falle müßte man, wofern die richterliche Beurtheilung eine unbeschränkte wäre, dahin gelangen können,

daß es an einer gesetzmäßigen Expropriation überhaupt ermangele und deshalb nicht von einer Entschädigung in Geld, sondern nur von einer Rückgabe des entzogenen Grundstückes die Rede sein dürfe.

Der Appellationsrichter hat wohl Bedenken getragen, dies Resultat, wodurch die Expropriation neutralisirt werden würde, zu dem seinigen zu machen. Nicht minder hätte er Anstand nehmen sollen, den außerordentlichen Werth zuzuer-

Digitized by Google

kennen, wofür jede gesetzliche Unterlage gebricht. Sein Urtel kann nicht bestehen, und es ist das erste wieder herzustellen.

Der gemeine Werth einer Sache bestimmt sich durch den Nutzen, welchen sie einem jeden Besitzer gewähren kann — §. 112. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. — Der außerordentliche Werth einer Sache erwächst aus der Berechnung des Nutzens, welchen dieselbe nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann — §. 114. l. c. — Der Kläger verlangt die Vergütung des enteigneten Grundstückes nach dem Werthe, welchen es als Holzstätte und Trockenplatz hat. Unbestritten ist dasselbe von dem Kläger, so lange die Golmer Dampfmaschinen-Anstalt, einschließlich der angelegten Schneidemühle von ihm besessen wurde, seit 1858 in solcher Eigenschaft benutzt worden. Jene Anstalt war indeß Eigenthum des Deichverbandes. Ihr Besitz ist ihm geständlich entzogen, indem der Vertrag, auf welchem der Besitz beruhte, durch rechtskräftiges Erkenntniß aufgehoben wurde. Dadurch ist dem Kläger und jedem Besitznachfolger die Möglichkeit entzogen, das demnächst expropriirte Grundstück in seiner Verbindung mit der Schneidemühle zu benutzen. Jene aufgehobene Verbindung erscheint daher nicht geeignet, einen außerordentlichen oder auch nur einen gemeinen Werth zu begründen.

Es mag ferner sein, daß der Deichverband nach erfolgter Expropriation das Grundstück lediglich als Holzplatz bedarf und als solchen für den Betrieb der Schneidemühle im Gebrauch hat. Dieser Umstand ist aber unerheblich. Um den Expropriationswerth zu bestimmen, kommt es nicht darauf an, welchen Werth das Grundstück für den verklagten Deichverband hat, und wie dieser es nutzt. Entscheidend ist vielmehr, welchen Nutzen der Kläger von dem Grundstücke ziehen konnte, als die Enteignung stattfand. Nun hat frei-

Digitized by Google

lich der Kläger behauptet, daß er, nach Aufhebung des mit dem Verklagten bestandenen Vertragsverhältnisses, in der Lage gewesen sein würde, das Grundstück als Trockenplatz durch Aufstapelung von Hölzern oder durch Vermiethung an den Verklagten zu benutzen, und daß jeder nachfolgende Besitzer eine gleiche Möglichkeit gehabt haben würde. Allein — von dem Mühlenbetriebe des Deichverbandes abgesehen — ermangelt es an jeder thatsächlichen Begründung, daß das Grundstück den Verkehrs- und Ortsverhältnissen gemäß zu einer Nutzen bringenden Aufstapelung von Hölzern verwendet werden könnte. Ein Miethsverhältniß zwischen dem Kläger und dem Deichverbande würde durch die Bereitwilligkeit des Letzteren zur Eingehung desselben bedingt sein. Eine unabweisliche Nothwendigkeit hierzu ist nach dem Gutachten des Bauinspectors R. nicht vorhanden, selbst wenn man die Fortsetzung des Betriebes der Schneidemühle auf Seiten des Verbandes für alle Zukunft voraussetzen und darauf kein Gewicht legen wollte, daß diese Fortsetzung immer von dem Willen des Verbandes abhängig und mindestens dem Kläger kein Mittel bleibt, im eigenen Interesse ihn dazu zu zwingen. Jedenfalls darf die behauptete Möglichkeit eines Miethsverhältnisses für den Betrieb der dem Verklagten gehörigen Schneidemühle zufolge der §§. 112. 114. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. nur als ein, und zwar sogar sehr mißliches Moment zur Bestimmung eines außerordentlichen Werthes der expropriirten Grundfläche, nicht als ein Maaßstab zur Ermittelung des gemeinen Werthes in Betracht kommen. Auf den ersteren hat der Kläger keinen Anspruch, das abweisende Erkenntniß erster Instanz erscheint mithin sachgemäß.

Digitized by Google

№ 37.

Stempel von einer Kaufpunctation.

1. Dem Fiscus, welcher von einer nicht mehr existirenden Kaufpunctation den Kaufstempel fordert, liegt der Beweis ihres Inhalts so weit ob, als zur Beurtheilung ihrer Klagbarkeit und der davon abhängigen Stempelpflichtigkeit erforderlich ist.

2. Die Entscheidung der Frage:

in wie weit der Inhalt einer nicht mehr existirenden Kaufpunctation zur Beurtheilung ihrer Klagbarkeit und der davon abhängigen Stempelpflichtigkeit bewiesen werden müsse?

hängt in jedem einzelnen Falle von thatsächlichen Momenten, namentlich davon ab, was dem Richter von dem Inhalte des betreffenden Schriftstücks vorgetragen worden ist. Präj. Nr. 2753.

Gesetz vom 24. Mai 1861 (Ges.-S. S. 241.) §§. 11. bis 14. A. G. O. Einleitung §. 16.

Stempelsteuer-Gesetz vom 7. März 1822 (Ges.-S. S. 57.) Tarif-Position: Punctationen und Kaufverträge über inländische Grundstücke.

Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 19. Juni 1834 (Ges.-S. S. 81.).

Digitized by Google

L. und R. haben eine von B. aufgesetzte, das zwischen ihnen über die Gastwirthschaft des R. zu M. zum Preise von 3400 Thlr. verabredete Kaufgeschäft betreffende Punctation unterschrieben, dieselbe aber als angeblich unvollständig vernichtet, nachdem sie vor dem Notar K. über das gedachte Grundstück einen förmlichen Contract errichtet hatten. Zu letzterem ist der tarifmäßige Stempel verwendet worden. Das Steueramt zu G. hat durch Resolut vom 19. August 1865 von L. und R. die Zahlung des zur erwähnten Punctation nicht verwendeten Stempelbetrages von 34 Thlr. gefordert unter Festsetzung einer Stempelstrafe von 278 Thlr. Dieselben haben auf rechtliches Gehör provocirt und gegen den Fiskus mit dem Antrage geklagt, zu erkennen, daß sie zu der qu. Punctation den geforderten Kaufstempel von 34 Thlr. zu entrichten nicht verpflichtet gewesen. Sie stützten sich namentlich auf die Behauptung, daß die Punctation rücksichtlich des Kaufobjects und Kaufpreises so unvollständig gewesen sei, daß der Notar K. auf Grund derselben den förmlichen Contract aufzunehmen abgelehnt habe. Der Fiscus, welcher der Klage widersprach, berief sich dagegen auf Zugeständnisse der Kläger, daß die Punctation die Essentialien eines Kaufvertrages enthalten, und bestritt, daß ihr ein wesentliches Erforderniß eines klagbaren Kaufgeschäfts gefehlt habe.

Der Commissarius des Kreisgerichts zu Potsdam für Bagatellsachen hat auch am 26. März 1866 auf Abweisung der Kläger erkannt, weil sie den, ihren abgegebenen Zugeständnissen gegenüber, ihnen obliegenden Beweis, daß die Bedingungen zur Verwendung des Stempels zu der fraglichen Punctation nicht vorlägen, nicht geführt hätten. Auf ihre Appellation hat aber das Kammergericht am 6. September 1866 abändernd nach ihrem Antrage erkannt, und die

Digitized by Google

vom verklagten Fiscus hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 25. November 1867 zwar für begründet erachtet, die Entscheidung zweiter Instanz ist jedoch ihrem Inhalte nach aufrecht worden, aus folgenden

Gründen.

I. Der Appellationsrichter geht von der unzweifelhaft richtigen, vom Imploranten auch nicht angegriffenen Voraussetzung aus, daß der Kaufstempel die Natur einer Urkundensteuer habe, und daß die Verpflichtung zu dessen Entrichtung nur dann begründet sei, wenn die Contrahenten eine, ein klagbares Kaufgeschäft documentirende Urkunde unterschrieben hätten. Er folgert hieraus zunächst, daß der den Stempel fordernde Fiscus im einzelnen Falle den Beweis des Vorhandenseins dieser Voraussetzung zu führen habe, und nimmt an, daß im gegenwärtigen Falle hierin dadurch, daß die Steuerbehörde durch ein Resolut die Verpflichtung der Kläger zur Zahlung der Stempelsteuer, so wie der Stempelstrafe festgesetzt habe, Kläger aber auf richterliches Gehör provocirt, und die Civilklage gegen den Fiscus angestellt hätten, nichts geändert und jene Beweislast dem Letzteren nicht abgenommen sei. Wenn Implorant hiergegen die Verletzung der §§. 11—14. des Gesetzes vom 24. Mai 1861, der Grundsätze über die Regelung und Vertheilung der Beweislast, insbesondere des §. 16. der Einleitung zur Allg. Gerichts-Ordnung, und eines dahin formulirten Rechtssatzes rügt:

In dem auf Grund des §. 11. resp. 14. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 angestellten Civilprocesse habe der Kläger die Umstände, aus welchen seine gänzliche, oder theilweise Nichtverpflichtung zur Entrichtung eines Stempels folge, zu behaupten und nachzuweisen, keineswegs habe

Digitized by Google

der verklagte Fiskus darzuthun, daß und welche Forderung an Stempel begründet sei;

so ist dieser Angriff offenbar verfehlt. Denn das dem Fiskus zustehende Executionsrecht in Betreff der Stempelsteuer überhebt ihn im Civilprocesse keineswegs jeder Beweislast in Ansehung der thatsächlichen Voraussetzungen, unter welchen das Gesetz die Erhebung einer Stempelsteuer in der geforderte Höhe gestattet. Wenn es sich um einen Urkundenstempel handelt, so muß unterschieden werden, ob die Urkunde, von welcher der Stempel gefordert wird, vorliegt oder nicht. Im ersteren Falle genügt offenbar die Bezugnahme des Fiskus auf die vorhandene Urkunde zur Bescheinigung seines Rechts zur Stempelerhebung, und der Kläger, welcher, seine Nichtverpflichtung zur Entrichtung des Stempels behauptend, — §. 11. 14. cit. — einwendet, daß die in Rede stehende Urkunde nicht stempelpflichtig sei, hat die Thatsachen, auf welche er diesen Einwand gründet, anzugeben und nachzuweisen. Denn der Richter, welcher den Streit über die Verpflichtung oder Nichtverpflichtung des Klägers zur Entrichtung der Steuer zu entscheiden berufen ist, kann und muß diese Entscheidung nach Inhalt der ihm vorgelegten Urkunde fällen, und ist erst dann, wenn er danach ihre Stempelpflichtigkeit an sich durch gesetzliche Vorschriften für begründet erachtet, überhaupt in der Lage, weiter zu prüfen, ob dieselbe durch die vom Kläger einwandsweise gemachten besonderen Anführungen ausnahmsweise dennoch ausgeschlossen werde. Anders, wenn dem Richter die Urkunde, von welcher die Entrichtung des Stempels gefordert wird, nicht vorgelegt und dadurch die Möglichkeit benommen ist, ohne Weiteres und ohne Darlegung ihres Inhalts selbst deren Stempelpflichtigkeit beurtheilen zu können. Daß es in solchem Falle des Beweises,

Digitized by Google

sowohl der Existenz, als des Inhalts der Urkunde bedarf, liegt auf der Hand; ebenso aber, daß dieser, die thatsächliche Voraussetzung des Rechts des Fiskus, Stempel von der qu. Urkunde zu fordern, berührende Beweis, vom Fiskus zu führen ist, und zwar rücksichtlich des Inhalts der Urkunde, auf welcher der Stempel ruht, auch dann, wenn feststeht, daß die Urkunde zwar existirt hat, aber nicht mehr existirt.

Der Appellationsrichter hat sich danach durch seine oben angegebene Argumentation der ihm vorgeworfenen rechtsgrundsätzlichen Verstöße keineswegs schuldig gemacht.

II. Der Appellationsrichter hat aber weiter den vom Verklagten dahin geführten Beweis, daß der von den Klägern vollzogene Kaufvertrag über die Rf'che Krugwirthschaft unter Bestimmung des Kaufpreises auf 3400 Thlr. errichtet worden sei, wenn auch hierdurch festgestellt sei, daß in der hier in Rede stehenden Urkunde, die Essentialien eines Kaufcontracts enthalten gewesen seien, deshalb nicht für ausreichend erachtet, weil sich die Frage: ob eine ein klagbares Kaufgeschäft darstellende Urkunde — eine klagbare Punktation — errichtet worden? nur aus dem Gesammtinhalte derselben, welcher durch an sich unbedeutende Vorbehalte der Klagbarkeit entzogen werden könne, — §. 125. Tit. 5. Thl. I. Allg. Landr. — und aus allen in derselben enthaltenen Abreden, mit Sicherheit entscheiden lasse, und er hat, unter Feststellung, daß Verklagter weder den ganzen Inhalt des in Rede stehenden Schriftstücks angegeben, noch über diesen Inhalt irgend einen Beweis angetreten habe, sowie unter Verwerfung der Ansicht des Verklagten, die Kläger hätten im vorliegenden Falle beweisen müssen, daß andere Erklärungen die Klagbarkeit eines Geschäfts ausgeschlossen hätten, für nicht erwiesen erachtet, daß das nicht mehr vorhandene qu. Schriftstück eine klagbare, nach der

Digitized by Google

Allerhöchsten Cabinetsordre vom 19. Juni 1834 deshalb stempelpflichtige Kaufpunktation gewesen sei.

Hiergegen hat Implorant verschiedene Angriffe gerichtet. Unter anderen beschuldigt er den Appellationsrichter:

1. in Verbindung mit der Verletzung des §. 28. Tit. 13. Thl. I. der A. Ger. Ord., nach §. 5. Nr. 2. der Verordnung vom 14. December 1833, dadurch processualisch verstoßen zu haben, daß er dem Inhalte der Klage- und der Appellations-Beantwortung zuwider, in seinen Entscheidungsgründen sage: Verklagter habe die Anführungen der Kläger über die Vorlegung der in Rede stehenden Urkunde an den Notar K. und über die Gründe, aus welchen dieser die Aufnahme des förmlichen Kaufcontracts aufzunehmen sich geweigert habe, nicht bestritten.

Außerdem macht die Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellationsrichter,

2. in sofern er den vom Verklagten angetretenen Beweis, daß die in Rede stehende Urkunde die Essentialien eines Kaufvertrages enthalten habe, nicht aus thatsächlichen Umständen des vorliegenden Falles, sondern ganz allgemein lediglich deshalb, weil Verklagter deren ganzen Inhalt nicht dargethan habe, nicht für genügend erachtet habe, — zum Vorwurfe: die Verletzung der Allerhöchsten Cabinetsordre vom 19. Juni 1834 durch unrichtige resp. unterlassene, des §. 125. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. durch unrichtige Anwendung, der §§. 120. 121. Tit. 5. und der §§. 1. 12. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R., sowie eines, in der Untersuchungssache wider M. vom Straffenate des Ober-Tribunals im Erkenntnisse vom 13. Juni 1866 angenommenen Rechtsgrundsatzes, wonach es zur Beurtheilung der Stempelpflichtigkeit neben dem Beweise, daß in einer Urkunde die wesentlichen Bestimmungen eines Kaufvertrages enthalten seien, nicht noth-

Digitized by Google

wendig und unter allen Umständen auch noch der Feststellung des ganzen Inhalts der Urkunde bedürfe, außerdem auch anderweit die Verletzung der Regeln über die Beweislast, des §. 16. der Einleitung zur Allg. Gerichts-Ordnung, des Grundsatzes des §. 28. Tit. 13. Thl. I. der A. Ger. Ord., der Allerh. Cabinetsordre vom 14. April 1832 sub. a., und der Stempeltarif-Positionen „Punktationen und Kaufverträge über inländische Grundstücke."

Von diesen beiden Angriffen ist zunächst der

ad. 1. thatsächlich richtig, da der Verklagte die bezeichneten Anführungen der Kläger, sowohl in der Klagebeantwortung, als auch in der Appellations-Beantwortung ausdrücklich bestritten hat. Aber auch der Angriff

ad. 2. erscheint, wenn auch aus anderen, als den in der Nichtigkeitsbeschwerde angegebenen Gründen, gerechtfertigt.

An der in dem diesseitigen, vom Appellationsrichter in Bezug genommenen Erkenntnisse vom 16. Juni 1865. — Entscheidungen Bd. 54. S. 393. fg. — ausgesprochenen Ansicht muß im Allgemeinen und in soweit allerdings festgehalten werden, daß die Klagbarkeit, und folgeweise die Stempelpflichtigkeit einer nicht mehr vorhandenen Punktation, in der Regel nur aus dem nachweisbar zu machenden Gesammtinhalte derselben beurtheilt werden könne. Denn eine jede Urkunde bildet ein Ganzes und kommt nothwendiger Weise als solches bei der Beurtheilung, ob überhaupt ein — und resp. welches klagbare Geschäft darin zwischen den Contrahenten (Ausstellern) constituirt worden sei? in Betracht, da sich nicht schon aus einzelnen schriftlich fixirten Verabredungen, sondern nur aus dem Zusammenhange der einzelnen darin enthaltenen Erklärungen der Contrahenten die zum Zustandekommen eines Vertrages erforder-

Digitized by Google

liche wechselseitige Willenseinigung bezüglich des unter ihnen beabsichtigten bestimmten Rechtsgeschäfts, welches in der Urkunde zum schriftlichen Abschlusse gebracht werden soll, mit Sicherheit erkennen läßt. — Wenn nun eine Urkunde, weil sie nicht mehr existirt, dem Richter nicht vorgelegt, und dadurch dieser nicht in den Stand versetzt werden kann, aus ihrem ganzen Inhalte die Gültigkeit und Klagbarkeit des darin unter den Contrahenten schriftlich vereinbarten Rechtsgeschäfts seiner Natur und seinem wesentlichen Character nach zu beurtheilen, und zu dieser Beurtheilung gleichwohl, wie anzunehmen, an sich die Feststellung einzelner in der Urkunde enthalten gewesener Bestimmungen nicht ausreicht; so fragt es sich doch weiter: Was ist unter dem Gesammtinhalte einer Urkunde, dessen Feststellung, auch wenn sie nicht mehr existirt, zu solcher Beurtheilung erforderlich ist, zu verstehen? und: was gehört zum Beweise ihres Gesammtinhaltes? — Soviel erscheint gewiß, daß in jedem Falle eine Feststellung des wörtlichen Inhalts der Urkunde, oder solcher Nebenbestimmungen, welche auf die Erkennbarkeit des urkundlich verabredeten Rechtsgeschäfts, also bei einer Kaufpunctation des darin vereinbarten Kaufgeschäfts, keinen Einfluß zu äußern geeignet sind, nicht wesentlich nothwendig ist, daß vielmehr zu dem Beweise des Gesammtinhalts einer Kaufpunctation, im Gegensatze zu einzelnen darin enthalten gewesenen Verabredungen wesentlich nur die Feststellung derjenigen Bestimmungen gehört, welche mit Sicherheit erkennbar machen, daß die Contrahenten ein Kaufgeschäft zu schließen beabsichtigt haben, also derjenigen Verabredungen, aus welchen der Richter die einzelnen dem Gesetze nach zur Beurtheilung, ob die Contrahenten ein gültiges, klagbares Kaufgeschäft abgeschlossen haben; erforderlichen thatsächlichen Momente im gegebenen Falle als vorhanden ansehen kann und darf. Der Richter kann und

Digitized by Google

darf diese Beurtheilung aber nur aus denjenigen Momenten schöpfen, welche ihm von den Parteien vorgelegt und angezeigt worden sind und hieraus ergiebt sich, daß jene, in das Gebiet thatsächlicher Casuistik gehörende Fragen nicht abstract, sondern nur concret aufgefaßt, beurtheilt und entschieden werden können.

Im Falle, daß die Behauptung des Fiscus: eine nicht mehr vorhandene Punctation habe alle wesentlichen Verabredungen eines Kaufgeschäfts enthalten, einfach bestritten, aber durch den erhobenen Beweis als richtig festgestellt wird, liegen dem Richter keine thatsächlichen Momente vor, welche zu der Annahme berechtigen könnten, daß die Punctation noch anderen Inhalts gewesen sei, d. h. daß sie außer dem nachgewiesenen Inhalte noch Bestimmungen enthalten habe, welche den Sinn und die rechtliche Bedeutung der erwiesenen Bestimmungen zweifelhaft zu machen geeignet sein möchten, und weshalb der Richter Anstand nehmen müsse, lediglich sich auf die Prüfung zu beschränken, ob die erwiesenen — ihm allein bekannt gewordenen — Bestimmungen der Punctation die gesetzlichen Merkmale eines Kaufgeschäfts darstellen, oder nicht? —

Anders in dem Falle, wenn derjenige, von welchem Fiscus den Kaufstempel fordert, zwar zugiebt, daß die Punctation die Essentialien des Kaufs resp. Erklärungen, welche nach den Gesetzen die Merkmale eines Kaufgeschäfts darstellen, enthalten habe, zugleich aber behauptet, daß darin auch noch andere Verabredungen enthalten gewesen seien, welche mit jenen Erklärungen im Widerspruche ständen. Alsdann ist der Gesammtinhalt der Punctation streitig und insofern deren Inhalt dem Richter von den Parteien verschieden vorgetragen wird, ist der Richter in der Lage und genöthigt, zum Zwecke der Beurtheilung, ob die Urkunde als

Digitized by Google

Kaufpunctation klagbar gewesen sei, auf diese verschiedenen Angaben weiter einzugehen, und zwar zunächst zu prüfen: ob die Anführungen der anderen Partei überhaupt geeignet sind, die nach den Anführungen des Fiscus an sich gerechtfertigte Annahme des schriftlichen Abschlusses eines Kaufgeschäfts in Zweifel zu stellen? sodann aber, wenn dies der Fall ist, weiter zu erwägen, wem die Beweislast in Betreff des aus den beiderseitigen Anführungen zusammen genommen erkennbar werdenden wirklichen Inhalts der Punctation (ihres Gesammtinhalts) obliegt, und bei dieser Erwägung zugleich in Betracht zu ziehen, daß das Geständniß der Gegenpartei des Fiscus ein qualificirtes, als solches aber nicht theilbar ist, weshalb auch ferner noch zu prüfen, ob unter solchen Umständen nicht der Fiscus den streitigen wirklichen (ganzen) Inhalt der Punctation zu beweisen habe, nämlich: daß in derselben nur (allein) die von ihm gegebenen, die gesetzlichen Merkmale eines Kaufgeschäftes an sich darstellenden Verabredungen, nicht aber auch die vom Gegentheile angeführten Erklärungen, welche den wirklichen (gültigen) Abschluß dieses Geschäfts in Zweifel stellen oder gar widerlegen würden, enthalten gewesen sind.

Von anderen rechtlichen Voraussetzungen ist auch das Präjudicat vom 16. Juni 1865 nicht ausgegangen und es hat darin, namentlich durch die Worte: „es genüge zur Feststellung der Stempelpflichtigkeit einer Urkunde (von der Fiscus behaupte, daß sie ein Kaufgeschäft documentire), wenn sie nicht mehr existire (resp. zur Beurtheilung, ob die Urkunde als Kaufpunctation eine Klage auf Erfüllung begründe, wovon die Stempelpflichtigkeit abhänge), keineswegs der bloße Nachweis, daß in derselben auch die Essentialien eines Kaufes enthalten gewesen seien, vielmehr müsse deren ganzer Inhalt dargethan werden, weil sich nur danach beurtheilen lasse,

Digitized by Google

ob ein Kaufgeschäft formell (schriftlich) gültig abgeschlossen sei, — etwas Anderes nicht ausgedrückt werden sollen, als: daß, wenn streitig sei, ob die nicht mehr existirende Punctation außer den die wesentlichen Erfordernisse eines Kaufvertrages in sich fassenden Erklärungen auch noch andere, damit nicht im Einklange stehende Erklärungen enthalten habe, der Beweis, es seien Verabredungen der ersteren Art darin enthalten gewesen, zur Feststellung der Klagbarkeit resp. Stempelpflichtigkeit allein nicht genüge. — Insbesondere liegt dem gedachten Präjudicate nicht die Meinung zum Grunde, daß unter allen Umständen, also auch dann, wenn gar nicht behauptet sei, daß die Punctation außer den Verabredungen der ersteren Art auch noch Erklärungen der letzteren Art enthalten habe, der Gesammtinhalt dargethan werden müsse, und daß auch in solchem Falle ihre Klagbarkeit resp. Stempelpflichtigkeit sich nur nach ihrem ganzen Inhalte beurtheilen lasse. Denn bei dem Präjudicate lag der oben gedachte zweite Fall insofern vor, als der Fiscus selbst Abschrift einer außer den Essentialien des Kaufgeschäfts noch andere Bestimmungen enthaltenden Punctation eingereicht, der Gegner aber die Uebereinstimmung dieser Abschrift mit der nicht mehr existirenden Originalpunctation bestritten hatte. Danach beruhte die damals gefällte Entscheidung, wodurch das Appellationsurtel, welches die Feststellung der Richtigkeit der vom Fiscus producirten Punctationsabschrift nur so weit, als sie die Essentialien eines Kaufes betraf, für nöthig erachtet hatte, vernichtet, und in der Sache die Feststellung der Uebereinstimmung dieser Abschrift mit der Originalpunctation für erforderlich erachtet worden ist, neben der Berücksichtigung der damals zur Sprache gebrachten thatsächlichen Momente wesentlich auf der Erwägung, daß derjenige, welcher auf eine abschriftlich producirte Urkunde einen Anspruch gründet, wenn

Digitized by Google

die Richtigkeit der Abschrift, also der von ihm angegebene Inhalt der Urkunde bestritten wird, seine Angaben über diesen Inhalt nicht bloß stellenweise, sondern vollständig, also den angegebenen Gesammtinhalt der Urkunde zu beweisen habe, und daß ohne diesen Nachweis, dem aus derselben in Anspruch Genommenen der Beweis des Gegentheils nicht obliege. Damit hat aber nicht ausgesprochen werden sollen, und ist auch nicht ausgesprochen worden, daß auch dann, wenn der oben gedachte erste Fall vorliege, nämlich: wenn dem Richter durch die Auslassungen der Parteien gar nicht bekannt geworden ist, daß die nicht mehr existirende Punctation außer den erwiesenen Verabredungen der Contrahenten, welche die Essentialien eines Kaufgeschäfts darstellen, auch noch andere, diese Verabredungen entkräftende oder doch in Zweifel stellende Erklärungen enthalten habe, zur Beurtheilung der Klagbarkeit und der davon abhängenden Stempelpflichtigkeit der Punktation die Feststellung ihres Gesammtinhalts unbedingt und allemal erforderlich sei.

Mit diesen Rechtsansichten steht auch das vom Imploranten in Bezug genommene neuere Präjudicat des Senats für Strafsachen vom 13. Juni 1866 nicht nur nicht im Widerspruche, sondern in völligem Einklange. Denn wenn derselbe in diesem Urtel die Annahme des Appellationsrichters, daß zur Feststellung der Stempelpflichtigkeit einer über ein Kaufgeschäft errichteten, nicht mehr existirenden Urkunde, der bloße Nachweis, daß in derselben die wesentlichen Bestimmungen des Kaufvertrages enthalten seien, nicht genüge, vielmehr deren ganzer Inhalt dargethan werden müsse, weil der Gesammtinhalt bei Beurtheilung der Stempelpflichtigkeit in Frage komme; — in dieser Allgemeinheit für unrichtig bezeichnet und ausgeführt hat: „Es sei vielmehr aus„reichend, wenn der Inhalt des nicht mehr vorhandenen

Digitized by Google

„Schriftstücks in so weit anderweitig festgestellt sei, als zur „Beurtheilung der Stempelpflichtigkeit überhaupt und des „Betrages des tarifmäßigen Stempels erforderlich sei, und, „daß es dazu nothwendig und unter allen Umständen der „Feststellung des ganzen Inhalts des Schriftstücks bedürfe, „könne nicht behauptet werden", — so folgt daraus keineswegs, daß der gedachte Senat angenommen habe: es sei in jedem Falle zur Beurtheilung der Klagbarkeit und der davon abhängenden Stempelpflichtigkeit einer nicht mehr existirenden Punctation ausreichend, wenn deren Inhalt nur dahin festgestellt sei, daß darin auch die wesentlichen Bestimmungen des Kaufvertrages enthalten gewesen seien. Im Gegentheil läßt die negative Fassung des Schlußsatzes: es könne nicht behauptet werden, daß es zu solcher Beurtheilung nothwendig und unter allen Umständen der Feststellung des ganzen Inhalts der Urkunde bedürfe, in Verbindung mit den vorher gewählten Worten: in dieser Allgemeinheit sei die entgegenstehende Ansicht des damaligen Appellationsrichters unrichtig, vielmehr sei es ausreichend u. s. w., deutlich erkennen, daß der Senat für Strafsachen nicht in Zweifel zieht: es könne Fälle geben, in denen zur Beurtheilung der Steuerpflichtigkeit (resp. Klagbarkeit) einer nicht mehr existirenden Punctation, die Feststellung eines bloß theilweisen Inhalts derselben nicht ausreichend, vielmehr die des Gesammtinhalts nothwendig sei.

Die Frage: wem der Beweis im Falle der Nothwendigkeit, den Gesammtinhalt festzustellen, obliege? ist allerdings eine Rechtsfrage. Ueber die Beantwortung derselben ist aber durch das Erkenntniß des Senats für Strafsachen, vom 13. Juni 1866, eine Meinungsverschiedenheit mit den diesseits im Erkenntnisse vom 16. Juni 1865 ausgesprochenen, wie oben gezeigt, noch jetzt angenommenen Grundsätzen, nicht er-

Digitized by Google

kennbar geworden. Dagegen ergiebt die vorstehende Ausführung, daß sich für die Beantwortung der Frage: in wie weit der Inhalt einer nicht mehr existirenden Kaufpunctation zur Beurtheilung ihrer Klagbarkeit und der davon abhängenden Stempelpflichtigkeit bewiesen werden müsse? keine abstracte Regeln aufstellen lassen, daß vielmehr ihre Entscheidung in jedem einzelnen Falle von den dem Richter aus den Acten bekannt gewordenen Umständen, resp. von dem, was ihm über den Inhalt des betreffenden Schriftstücks vorgetragen ist, also wesentlich von thatsächlichen Momenten, abhängt. —

Dies hat der Appellationsrichter übersehen und darin gefehlt, daß er, ohne Eingehen auf die concrete Lage des vorliegenden Processes, unter Bezugnahme auf das diesseitige Erkenntniß vom 16. Juni 1865 seine Entscheidung wesentlich allein auf den allgemeinen Satz gegründet hat: es lasse sich nur aus dem Gesammtinhalte einer nicht mehr existirenden Punctation und aus allen darin enthalten gewesenen Abreden mit Sicherheit beurtheilen: ob — wovon deren Stempelpflichtigkeit abhänge — eine, ein klagbares Kaufgeschäft darstellende Urkunde, eine klagbare Punctation, errichtet worden sei?

Dies ist, wie vorstehend gezeigt, in solcher Allgemeinheit nicht richtig. Der Appellationsrichter hätte daher im vorliegenden Falle die Frage: in wie weit der Inhalt der hier in Rede stehenden Punctation zur Beurtheilung ihrer Klagbarkeit und ihrer nach der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 19. Juni 1834 davon abhängenden Stempelpflichtigkeit zu beweisen gewesen, resp. bewiesen worden sei? concret beurtheilen sollen, und da er dies nicht gethan hat, erscheint der nach dieser Richtung hin gegen seine Entscheidung erhobene Angriff

Digitized by Google

des Imploranten gerechtfertigt, die Nichtigkeitsbeschwerde also in soweit allerdings begründet.

Bei freier Beurtheilung kommt aber in Betracht, daß der verklagte Fiscus, dem, wie bereits oben gezeigt, zur Begründung seines Anspruchs auf Entrichtung des Kaufstempels der Nachweis, daß das nicht mehr existirende Schriftstück eine klagbare Kaufpunctation gewesen sei, obliegt, zum Beweise dessen sich lediglich auf Zugeständnisse der Kläger, daß darin die Gastwirthschaft des R. an L. verkauft worden sei, und daß der Kaufpreis 3400 Thlr. betragen habe, berufen hat. Möchte die Feststellung dieser Thatsachen an sich auch für ausreichend erachtet werden können, um, weil hierin die wesentlichen Erfordernisse eines Kaufgeschäfts (§. 12. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R.) zu finden sind, anzunehmen, daß die Punctation für beide Kläger in ihrer Eigenschaft als Verkäufer und Käufer eine Klage auf Erfüllung zu begründen geeignet gewesen sein könne, so darf doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß das Geständniß der Kläger ein qualificirtes ist, insofern sie den vom Verklagten angegebenen Inhalt der Punctation nicht einfach und unbedingt, sondern, und zwar unter Bestreitung des Anspruchs des Fiscus und unter Leugnung des dafür angeführten Grundes, nach Inhalt der Klage und Appellationsrechtfertigung nur mit der Einschränkung zugestanden haben, daß gewisse Reservate auf einem besonderen Blatte niedergeschrieben gewesen seien, weshalb es in der Punctation selbst an der gehörigen Bestimmtheit des Kaufgegenstandes und des Kaufpreises gefehlt habe. Dieses Geständniß läßt sich nicht theilen, und da, wenn die Verabredungen nach beiden wesentlichen Beziehungen hin in der von den Klägern angegebenen Weise mangelhaft gewesen wären, von einer Klagbarkeit der Punctation nicht die Rede sein könnte, so kann der vom Verklagten durch Berufung

Digitized by Google

auf deren Geständniß allein angetretene Beweis zur Feststellung der Stempelpflichtigkeit dieser Urkunde im vorliegenden Falle allerdings nicht für ausreichend erachtet werden. Kläger haben die Vollständigkeit und Richtigkeit des vom Verklagten angeführten Inhalts des in Rede stehenden Schriftstückes bestritten, und es wäre daher, nachdem sie auf Grund des Gesetzes vom 24. Mai 1861 die Entscheidung des Richters angerufen hatten, im vorliegenden Processe Sache des Verklagten gewesen, seine Behauptungen in anderer Weise darzuthun und dadurch die Angabe der Kläger zu widerlegen. So lange dies nicht geschehen, lag den Klägern der Beweis des Gegentheils nicht ob. Solchen anderweiten Beweis hat Verklagter aber nicht angetreten, sich vielmehr nur auf die, vor Anstellung des gegenwärtigen Processes und im Laufe desselben, von den Klägern abgegebenen Zugeständnisse berufen, so wie darauf, daß sie um Niederschlagung der vom Steueramte wider sie festgesetzten Stempelstrafe supplicirt haben. Dieser Umstand überhebt den Verklagten ebensowenig, als ihre Zugeständnisse, der Verpflichtung, den streitigen Inhalt der Punctation, aus deren Niederschreibung und Unterzeichnung er den Anspruch auf Entrichtung des Kaufstempels herleitet, vollständiger als geschehen, nämlich soweit nachzuweisen, daß sich beurtheilen läßt, ob die Verabredungen rücksichtlich des Kaufobjects und Kaufpreises so bestimmt gefaßt gewesen sind, daß darauf eine Klage auf Erfüllung würde haben gegründet werden können. — Beim Mangel solchen Beweises rechtfertigt sich aber die Abweisung der Kläger nicht, weshalb das, unter Abänderung des ersten Urtels, den Verklagten verurtheilende Appellations-Erkenntniß aufrecht zu erhalten ist.

Digitized by Google

№ 38.

Pommern. Stempelpflichtigkeit einer, Behufs Umschreibung einer Privathypothek in eine Pfandbriefsschuld, nach dem revidirten Reglement der Pommerschen Landschaft ausgestellten Urkunde.

Unterliegt die, in Gemäßheit des vierten Absatzes des §. 162. des unterm 26. October 1857 Allerhöchst bestätigten revidirten Reglements der Pommerschen Landschaft, von dem Gutsbesitzer, Behufs Umschreibung einer Privathypothek in eine Pfandbriefsschuld auszustellende Urkunde, nach der Tarifposition „Schuldverschreibungen" unbedingt dem Ein-Zwölftel-Procent-Stempel?

Stempelgesetz vom 7. März 1822. (Ges. S. S. 57. ff.) Tarif-Position „Schuldverschreibungen."

§§. 162. 163. des unterm 26. October 1857 Allerhöchst bestätigten revidirten Reglements der Pommerschen Landschaft. (Ges. S. S. 978. 979.)

Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853. (Ges. S. S. 521.)

Allerh. Cabinets-Ordre vom 16. Januar 1840. (Ges. S. S. 18.)

Instruction für die Schiedsmänner vom 28. April 1840. Potsdamer-Amtsblatt S. 299.)

Digitized by Google

Am 26. Mai 1862 hat der Kläger als Besitzer des Ritterguts D. in einer von dem Notar B. aufgenommenen Verhandlung erklärt, daß er verschiedene auf sein Gut eingetragene Hypothekenforderungen von zusammen 7000 Thlr. an die Pommersche Landschaft zur Umschreibung in ein gleich hohes Pfandbrief-Anleihe-Capital, nebst vier ein halb Procent Zinsen und ein Sechstel Procent sogenannten Quittungsgroschen cedire, und die Valuta durch die darauf treffenden Pfandbriefe erhalten zu haben bekenne. Außerdem hat er sowohl wegen dieser Forderungen, als auch wegen der sonstigen von mehreren Gläubigern an die Landschaft cedirten Hypotheken, von noch 19025 Thlr. die selbstschuldnerische Verpflichtung, unter den im revidirten Landschafts-Reglement vorgeschriebenen Bedingungen, übernommen.

Zur Ausfertigung dieser Verhandlung ist ein Stempel von 1 Thlr. verwendet.

Bei der am 14. April 1863 vorgenommenen Revision der Notariats-Acten des Justizraths B. monirte der Provinzial-Stempelfiscal, daß zu dieser Verhandlung zu verwenden gewesen seien, 15 Sgr. für die Cessionen und 21 Thlr. 25 Sgr. zu der neuen Schuldverschreibung über 26,025 zu einem Zwölftel Procent, und verlangte deshalb die Nachbringung von 21 Thlr. 10 Sgr. Stempel. Die vom Kläger hiergegen erhobene Remonstration ist fruchtlos geblieben, und hat derselbe die defectirten 21 Thlr. 10 Sgr., jedoch unter Vorbehalt des Rechtsweges wegen Wiedererstattung, gezahlt. Der Kläger ist der Ansicht, daß an die Stelle der alten Schuldverschreibungen auf Grund der ausgestellten Urkunde vom 26. Mai 1862 und der besonderen Bestimmungen des Landschafts-Reglements keinesweges eine neue,

Digitized by Google

dem ein Zwölftel Stempel unterworfene Schuldverschreibung getreten sei, hält sich deshalb zur Entrichtung der mit Vorbehalt gezahlten 21 Thlr. 10 Sgr. nicht für verpflichtet und hat klagend beantragt, den verklagten Steuerfiscus zur sofortigen Rückzahlung von 21 Thlr. 10 Sgr. an ihn zu verurtheilen.

Verklagter hat dem Klageantrage widersprochen und ausgeführt: Das Landschafts-Reglement verordne im §. 162, daß der Gutsbesitzer zur Sicherheit der Landschaftsschuld eine gerichtliche oder notarielle Urkunde auszustellen habe, in welcher er der Landschaft gegenüber sich als Pfandbriefsschuldner bekenne, und die Verzinsung übernehme, im Uebrigen aber sich den Bestimmungen des Landschafts-Reglements unterwerfe und das betreffende Gut zum Pfande bestelle. Die in Rede stehende Verhandlung entspreche diesen Bestimmungen, und enthalte daher eine Schuldverschreibung, zu welcher der tarifmäßige Stempel von einem Zwölftel Procent um so mehr zu verwenden gewesen sei, als zu den einzelnen ausgefertigten Pfandbriefen nach §. 163. des Landschafts-Reglements Stempel nicht verwendet würden. Daß die cedirten Forderungen in Pfandbriefe umgeschrieben worden, sei gleichgültig. Denn letzteres sei weiter nichts, als die Eintragung einer neuen Schuld an Stelle einer getilgten Schuld. Dies ergebe sich aufs Deutlichste daraus, daß das Document über die cedirte Forderung, sobald sie in Pfandbriefe umgeschrieben worden, cassirt werde. Sollte die Umschreibung einer Forderung in Pfandbriefe nichts weiter bedeuten, als die Uebertragung der Forderung auf einen anderen Gläubiger, wobei nur unwesentliche Veränderungen in Bezug auf Nebenpunkte eintreten, so bedürfte es keines Bekenntnisses des Gutsbesitzers, daß er Pfandbriefsschuldner sei, und noch weniger einer Verpfändung des Guts für die Pfandbriefsschuld. Es würde vielmehr, um den Besitzer des Guts der Land-

Digitized by Google

schaft als Inhaberin der cedirten Forderungen gegenüber persönlich zu verpflichten, falls er noch nicht persönlich verhaftet sein sollte, nur um etwaige Nebenpunkte, als die Verzinsung, Sicherstellung u. s. w., anders zu regeln, vollständig genügen, wenn der Besitzer des Guts die Landschaft als seinen Gläubiger anerkenne, sich derselben gegenüber für die Forderung persönlich zu haften verpflichte und rücksichtlich der Nebenpunkte, welche die Zinsen, die Sicherheit u. s. w. betreffen, eine den Anforderungen entsprechende Erklärung abgebe. Die Erklärung des Gutsbesitzers, daß er sich als Pfandbriefsschuldner bekenne, und noch mehr die Verpfändung des Guts für die Pfandbriefsschuld würde, wenn es sich nicht um eine neue Schuld handelte, gar keinen Sinn haben. Der Verklagte hat deshalb die Abweisung des Klägers beantragt. Auf diese ist auch von dem Commissarius des Kreisgerichts zu Stettin für Bagatellsachen, welcher der Ansicht des Verklagten beigetreten ist, unterm 11. Mai 1866 erkannt.

Der Kläger appellirte, und nachdem die Notariatsurkunde vom 26. Mai 1862 in vidimirter Abschrift vorgelegt war, hat das Appellationsgericht zu Stettin durch das Erkenntniß vom 16. Februar 1867 das erste Urtel abgeändert, und den Verklagten nach dem Klageantrage zur Zahlung von 21 Thlr. 10 Sgr. an den Kläger verurtheilt.

Gegen diese Entscheidung hat der Verklagte die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, welche jedoch durch das Erkenntniß des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 20. Januar 1868 zurückgewiesen ist, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Appellationsrichter hat reformatorie auf Verurtheilung des Verklagten zur Zurückzahlung von 21 Thlr. 10 Sgr. an den Kläger erkannt, weil er der Ansicht ist, daß die No-

Digitized by Google

tariats-Urkunde vom 26. Mai 1862 dem Schuldverschreibungsstempel eines Zwölftel-Procentes nicht unterliegt.

Der Verklagte hat gegen diese Entscheidung die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, und zu deren Begründung dem Appellationsrichter vorgeworfen, die §§. 162. und 163. des revidirten Reglements der Pommerschen Landschaft und die Position: „Schuldverschreibungen" im Tarif zum Stempelgesetze vom 7. März 1822 verletzt, auch die Natur und den wesentlichen Charakter einer Schuldverschreibung, im Sinne des Stempelgesetzes, verkannt zu haben, Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839; jedoch mit Unrecht.

Inhalts der Notariats-Urkunde vom 26. Mai 1862 cedirte der Kläger, zum Zwecke der Umschreibung einiger auf sein Gut D. intabulirter Hypothekenposten, in eine ihm bewilligte Pfandbriefsanleihe, von 26,025 Thlr. zunächst zwei dieser Forderungen, welche durch Cession auf ihn übergegangen waren, im Betrage von 5000 Thlr. und 2000 Thlr. nebst 4½ Procent Zinsen, unter deren Erhöhung um ein Sechstel Procent wegen des Quittungsgroschens und unter Verpfändung des Guts für diese Zinserhöhung, und bekannte, die Valuta durch Pfandbriefe erhalten zu haben, außerdem beantragte er die Umschreibung anderer, von den betreffenden Gläubigern der Landschaft cedirten Hypotheken von zusammen 19,025 Thlr. bei Erhöhung des Zinsfußes einer dieser Forderungen von 3000 Thlr. von 4 auf 4½ Procent und aller übrigen um ⅙ Procent und unter Verpfändung des Guts für diese Erhöhung in das bewilligte Pfandbriefs-Anleihekapital, erkannte auch diese Forderungen als noch rechtsgültig und existent und sich selbst als Pfandbriefsschuldner der Pommerschen Landschaft durch Gewährung der darauf treffenden Pfandbriefe an, und versprach die Verzinsung des zu einem Ganzen vereinigten Pfandbriefs-Anleihekapitals zu 4½

Digitized by Google

Procent, sowie die Erlegung des reglementsmäßigen Quittungsgroschens von 1/6 Procent, unterwarf sich auch bezüglich der Sicherung, Verzinsung und Tilgung dieser Pfandbriefsschuld allen desfallsigen Bestimmungen des Pommerschen Landschafts-Reglements wie den der Landschaft danach zuständigen besonderen Rechten, beantragte endlich, der Landschaft an Stelle der zu cassirenden bisherigen Ingrossations-Documente ein neues gemeinsames Hypotheken-Instrument zu ertheilen.

Diese Erklärung entspricht, wie der Appellationsrichter richtig bemerkt, dem letzten Alinea des §. 162. des unterm 26. October 1857 Allerhöchst bestätigten revidirten Reglements der Pommerschen Landschaft, wonach, wenn eine Privathypothek in eine Pfandbriefsschuld umgeschrieben werden soll, der Gutsbesitzer mit dem cedirten Hypotheken-Documente eine, seine Verpflichtungen gegen die Landschaft aussprechende Urkunde gleichzeitig einreichen muß, wobei die Ertheilung eines neuen Documents statt des zu cassirenden bisherigen gestattet ist.

Mit Recht nimmt der Appellations-Richter an, daß diese Notariatsurkunde vom 26. Mai 1862 ihrem Inhalte nach nicht als unter den Begriff der nach dem Tarife zum Stempelgesetze mit 1/12 Procent des verschriebenen Kapitalbetrages zu versteuernden Schuldverschreibung fallend angesehen werden kann. Denn der Tarif zum Stempelgesetz bestimmt:

Schuldverschreibungen, hypothekarische, Pfandbriefe und persönliche aller Art: Ein zwölftheil Procent des Kapitalbetrages, auf welchen die Schuldverschreibung lautet,

und setzt also eine Urkunde voraus, durch welche eine für sich bestehende principale Schuldverbindlichkeit als erst begründet documentirt wird, weil der Stempel von 1/12 Procent von dem Kapitalbetrage erhoben werden soll, welcher in

Digitized by Google

der Urkunde verschrieben wird, und darunter nur die Beurkundung der Contrahirung einer selbstständigen ursprünglichen Schuldverbindlichkeit, keineswegs aber die accessorische Uebernahme persönlicher Verhaftung für bereits verbriefte Schuldposten, mit Modalitäten in Nebenpunkten, verstanden werden kann. Für die Frage der Stempelpflichtigkeit einer Urkunde nach der Tarifposition „Schuldverschreibungen" ist es daher keineswegs, wie die Nichtigkeitsbeschwerde meint, gleichgültig, ob eine schon längst verbriefte, oder erst eine neu begründete Schuldverbindlichkeit documentirt wird. Der Procent-Stempel soll von dem verschriebenen Kapitale entrichtet werden, d. h. von der durch die Urkunde documentirten ursprünglichen, selbstständigen Schuldverbindlichkeit. Eine solche Schuldverschreibung enthält die Urkunde vom 26. Mai 1862 nach ihrem oben angegebenen Inhalte nicht, da der Kläger in derselben nur in Bezug auf bereits verbriefte Hypothekenschulden die, wegen ihrer Umschreibung in eine Pfandbriefsschuld durch das Reglement gebotenen, accessorischen Verpflichtungen gegen die Landschaft übernimmt, keineswegs aber ein Kapital verschreibt.

Der Stempel für Schuldverschreibungen ist allerdings keine Mutations-, sondern eine Urkundensteuer, setzt aber voraus, daß in der Urkunde ein Kapital verschrieben wird. Daß dies vorliegend der Fall sei, stellt der Appellationsrichter in Abrede, und wenn derselbe bemerkt, daß nur eine solche Urkunde für eine Schuldverschreibung im Sinne des Stempelgesetzes erachtet werden könne, durch welche eine für sich bestehende principale Schuldverbindlichkeit begründet wird, so ergiebt der Zusammenhang dieses Satzes von selbst, daß darin nur von der urkundlichen Begründung der Schuldverbindlichkeit, d. h. von der Verbriefung derselben die Rede sein kann, und die Bemerkung der Nichtigkeits-

Digitized by Google

beschwerde, daß eine solche Schuldverbindlichkeit nicht durch eine Schuldverschreibung begründet werde, vielmehr jede Schuldverschreibung eine außerhalb derselben liegende, in ihr nur documentirte causa debendi voraussetze, stellt sich als eine müßige dar.

Mit Recht hat daher der Appellationsrichter angenommen, daß die Urkunde vom 26. Mai 1862 keine dem Procentstempel unterliegende Schuldverschreibung im Sinne des Stempelgesetzes darstellt, daß es sich darin vielmehr um längst constituirte Hypothekenforderungen handelt, hinsichtlich deren der Aussteller der Urkunde nur die wegen Umschreibung der Privathypotheken in Pfandbriefsschulden durch das Reglement gebotenen Verpflichtungen übernimmt. Den Appellationsrichter trifft deshalb nicht der Vorwurf, die Tarifposition „Schuldverschreibungen" verletzt, oder die Natur und den wesentlichen Charakter einer Schuldverschreibung, im Sinne des Stempelgesetzes, verkannt zu haben.

Ebensowenig hat sich aber auch der Appellationsrichter einer Verletzung der §§. 162. 163. des revidirten Reglements für die Pommersche Landschaft, wie die Nichtigkeitsbeschwerde weiter behauptet, schuldig gemacht. Der allegirte §. 162. unterscheidet zwischen der ursprünglichen Aufnahme einer Pfandbriefsschuld und zwischen der Umschreibung einer Privathypothek in eine Pfandbriefsschuld. Rücksichtlich der ersteren heißt es im dritten Absatze:

> Zur Sicherheit für die Pfandbriefsschuld hat der Gutsbesitzer eine gerichtliche oder notarielle Urkunde auszustellen, in welcher er sich der Landschaft gegenüber als Pfandbriefsschuldner auf Höhe der beanspruchten Anleihe bekennt, die Verzinsung mit 4 resp. 4½ Procent und Zahlung des nöthigenfalls wieder zu erhebenden Quittungsgroschens mit ⅙ Procent übernimmt, und hinsichts der Tilgung seiner

Digitized by Google

Schuld sich den Bestimmungen des Reglements und allen danach der Landschaft zustehenden besonderen Rechten unterwirft, das betreffende Gut aber dafür zum Pfande bestellt.

Unbedenklich unterliegt eine nach dieser Vorschrift ausgestellte Urkunde dem Stempel für Schuldverschreibungen, da sie im Sinne des Stempelgesetzes als solche, d. h. als Verschreibung eines Kapitals anzusehen ist. Daraus ist aber keineswegs herzuleiten, daß die im vierten Absatze des §. 162. erwähnte Urkunde, welche behufs der Umschreibung einer Privathypothek in eine Pfandbriefsschuld ausgestellt werden muß, der im dritten Absatze erwähnten Urkunde gleich zu achten wäre und gleichfalls dem $^1/_{12}$ Procent Stempel unterliege. Der Unterschied zwischen beiden Urkunden ergiebt sich von selbst. Während die Urkunde über die auf ein Gut neu aufzunehmende ursprüngliche Pfandbriefsschuld in der That die Verschreibung eines Kapitals enthält, von welchem der Stempel mit $^1/_{12}$ Procent zu berechnen ist, fehlt es in der behufs Umschreibung einer schon vorhandenen Privathypothek in eine Pfandbriefsschuld auszustellenden Urkunde gerade an dieser Verschreibung, indem dieselbe nur die Uebernahme der accessorischen Verpflichtungen des Ausstellers gegen die Landschaft, in Betreff der bereits verbrieften Privathypothek, zu documentiren bestimmt ist, resp. die Uebernahme der persönlichen Verhaftung Seitens des Gutsbesitzers der Landschaft gegenüber, nicht aber die Verschreibung eines bis dahin noch nicht verbrieften Kapitals enthält. Wenn dann §. 263. l. c. verordnet, daß es zu den, auf den Grund dieser Urkunde und des Bewilligungsbeschlusses der Departements-Direction auszufertigenden Pfandbriefen keines Stempels bedarf, so läßt sich daraus auch nicht, wie die Nichtigkeitsbeschwerde thut, herleiten, daß der Procent Stempel zu der behufs Umschreibung einer Privathypothek in eine Pfandbriefsschuld aus-

Digitized by Google

zustellenden Urkunde zu verwenden sei. Die Stempelflichtigkeit dieser Urkunde ist vielmehr lediglich nach ihrem Inhalte zu bestimmen und fällt sie danach nicht unter den Begriff der Schuldverschreibungen, im Sinne des Stempelgesetzes, so unterliegt sie auch nicht dem lediglich dafür bestimmten Procent Stempel. Daß übrigens dabei die Ertheilung eines neuen Documents, statt des zu cassirenden bisherigen gestattet ist, hat auf die Stempelpflichtigkeit durchaus keinen Einfluß, sondern nur die Vereinfachung der Hypotheken-Documente zum Zweck.

Verklagter hat sich, allerdings verspätet, erst im Audienztermin für seine entgegengesetzte Ansicht noch auf das Gesetz, betreffend einige Abänderungen der Hypotheken-Ordnung, vom 24. Mai 1853 und auf die Instruction für die Schiedsmänner vom 28. April 1840 berufen. Daraus ist jedoch zu seinem Gunsten auch nichts zu entnehmen. Es bestimmt nämlich §. 10. des Gesetzes vom 24. Mai 1853:

> Wenn Kaufgelder, Erbgelder oder andere Forderungen aus zweiseitigen Verträgen eingetragen werden sollen, so genügt statt eines Nebenexemplars des Vertrages eine unter ausdrücklicher Bezugnahme auf denselben ausgestellte besondere Schuld- und Verpfändungs-Urkunde. Enthält der Hauptvertrag alle wesentlichen Bedingungen der besonders ausgestellten Schuld- und Verpfändungs-Urkunde, so ist zu der letzteren kein höherer Stempel erforderlich, als zu einem Nebenexemplare des Vertrages; es muß aber dann auf der besonderen Urkunde der Betrag des zu dem Hauptvertrage gebrauchten Stempels vermerkt werden.

Diese Vorschrift ergiebt unzweideutig, daß selbst zu einer besonders ausgestellten Schuld- und Verpfändungs-Urkunde der Procent-Stempel nicht verwendet zu werden braucht, wenn die Forderung ihren wesentlichen Bedingungen nach schon

Digitized by Google

in dem Hauptvertrage verbrieft ist, und spricht also gegen die Ansicht des Verklagten. Und die Instruction für die Schiedsmänner, vom 28. April 1840, bestimmt in Uebereinstimmung mit der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 16. Januar 1840, daß von der Stempelfreiheit der Schiedmanns-Verhandlungen eine Ausnahme bei Vergleichen dann eintreten soll, wenn ein Geschäft, welches ursprünglich in einer die Stempelverwendung nicht bedingenden Form zu Stande gekommen ist, durch den Vergleich anerkannt, oder im Wesentlichen aufrecht erhalten wird; ferner wenn durch den Vergleich zugleich ein anderweitiges, von dem ursprünglichen verschiedenes Rechtsgeschäft begründet wird, und wenn zur Sicherstellung der Vergleichssumme eine Hypothek bestellt wird. Auch diese Vorschriften gehen daher von der Voraussetzung aus, daß wesentlich neue Verpflichtungen resp. von der ursprünglichen verschiedene Geschäfte eingegangen werden, und ordnen für diese Fälle die Verwendung der tarifmäßigen Stempel an. Sie sprechen also nicht dafür, daß für Uebernahme accessorischer Verpflichtungen in Betreff bereits verbriefter Forderungen der 1/12 Procent Stempel für Schuldverschreibungen eintreten müßte.

Digitized by Google

№ 39.

Widerspruch eines Gewerken gegen einen Gewerkschaftsbeschluß.

Beschränkt sich das Widerspruchsrecht eines Gewerken gegen einen Gewerkschaftsbeschluß auf solche Beschlüsse, durch welche in der bisherigen Betriebsweise etwas geändert werden soll?

Berggesetz vom 24. Juni 1865 (Gesetz-S. S. 705.) §§. 115. 116.

Die beim Dorfe Ruda im Beuthener Kreise in Ober-Schlesien belegene Rudagrube, welche zu 73 1/5 Kuxen dem Grafen B., zu 48 4/5 Kuxen dem Kläger v. R. gehört, grenzt westlich an die dem Grafen B. allein gehörige Brandenburg-grube. In der Nähe der Markscheide und zwar dicht an der die Felder beider Gruben durchschneidenden Oberschlesischen Eisenbahn befindet sich der sogenannte Baptistschacht der letzteren Grube, von welchem aus bei Treibung einer Strecke, wie Verklagter behauptet, aus Versehen, wie Kläger behauptet, absichtlich, die Markscheide überschritten wurde, um ein Kohlenflötz der Rudagrube aufzuschließen, und wodurch unstreitig ein anderthalb Lachter mächtiges Kohlenflötz aufgeschlossen worden ist. Im Januar 1866 beantragte deshalb Kläger bei der Gewerkschaft:

Digitized by Google

die Rudagrube, und zwar dadurch in selbstständigen Betrieb zu setzen, daß unmittelbar an der Oberschlesischen Hauptbahn entweder beim Punkte P. 1. oder P. 2. der von ihm vorgelegten Handzeichnung ein Förderschacht abgeteuft werde.

Zwar befand sich die Rudagrube bereits seit Jahren mittelst des nicht in ihrem Felde, an der Ruda-Antonienhütter Chaussee belegenen sogenannten Elisabethschachtes (M. der Zeichnung) im Betriebe, indeß dient dieser Schacht gleichzeitig zur Förderung der Kohle aus der benachbarten Carl, Emanuel und Carl Ludwig Grube, daher die Kohlenförderung aus der Rudagrube, nach Klägers Behauptung, nur eine beschränkte ist, während auch das neu erschlossene Kohlenflötz tiefer liegen soll, als das vom Elisabethschacht aus abgebaute.

An dem in Folge jenes Antrages auf den 23. Januar 1866 anberaumten Gewerktage stimmte indeß nur der Kläger für seinen Antrag, Graf B. gegen denselben, daher der Beschluß ablehnend ausfiel, weshalb Kläger diesen Beschluß durch Klage vom 20. Februar und Nachtrag vom 23. März 1866 gemäß §. 115. des Berggesetzes vom 24. Juni 1865, weil nicht zum Besten der Gesellschaft gereichend, mit dem Antrage angefochten hat:

zu erkennen, daß jener ablehnende Beschluß nicht zum Besten der Gewerkschaft gereicht und demgemäß derselbe aufzuheben.

Kläger suchte diesen Antrag dadurch zu begründen: daß

1. durch die eingetriebene Probestrecke, wie erwähnt, ein Kohlenflötz von anderthalb Lachter Mächtigkeit aufgeschlossen sei,
2. daß es einer Wasserhaltungsvorrichtung nicht bedürfe, wenn das Flötz bereits gelöst sei,
3. daß der Absatz völlig gesichert sei,

Digitized by Google

4. daß durch Verladung an der Hauptbahn der Transport um 10 Pf. pro Tonne billiger zu stehen kommen würde, als bei der Verladung am Elisabethschacht;
5. daß hiernach ein sicherer Erfolg, und weiter anzunehmen sei, daß schon im zweiten Jahre der Inbetriebsetzung die Rudagrube eine erhebliche Ausbeute liefern würde. Dabei hatte Kläger bemerkt, daß die Rudagrube sofort in Ausbeute treten würde, wenn der Graf B. sich hätte herbeilassen wollen, den Baptistschacht der Brandenburggrube an die Rudagrube zu verpachten, wozu er freilich nicht gezwungen werden könne.

Er hatte diese Aufstellungen in einem Klagenachtrage vom 23. und 26. März näher zu erläutern gesucht.

Der Verklagte erachtete die Klage schon deshalb für hinfällig, weil es ihr an einem Angriffsgegenstande mangele, da die Rudagrube eben im Betriebe sei, dessen Erweiterung die Klage lediglich bezwecke, und suchte die Sachgemäßheit und Zweckmäßigkeit des angefochtenen Ablehnungsbeschlusses darzuthun, indem Mangel an Arbeitern, wegen Mangels der für sie nothwendigen Wohnungen, und Mangel an Absatz zu befürchten sei, da es den im Rudareviere befindlichen Steinkohlengruben: consolidirte Brandenburgschacht, combinirte Wolfgang, Carl, Emanuel, Catharine, Maximilian und Hedwigswunsch, zumal bei den damals vorliegenden kriegerischen Verhältnissen bereits an Absatz fehle, daher schon die Ludwigsgrube bedeutende Bestände habe und die Förderung habe beschränken müssen. Die vom Kläger gemachte Offerte, die Gesammtförderung aus dem projectirten Schacht zu übernehmen, wies Verklagter als unerheblich zurück; er bestritt die zur Substantiirung der Klage gemachten Aufstellungen und beantragte Abweisung.

Nachdem Kläger diese Entgegnungen zu widerlegen ver-

Digitized by Google

sucht hatte, und nachdem umfangreicher Beweis über die Oertlichkeit, die Qualität der Kohle im aufgedeckten Flötz, den niedrigen Transportbetrieb, die Wahrscheinlichkeit der lohnenden Ausbeute, den Mangel an Absatz und Arbeitern, und den Mangel an guten Kohlen erhoben worden, erkannte das Kreisgericht zu Beuthen unterm 13. December 1866 nach dem Klageantrage, indem der Richter die Ausführung des Klägers auf Grund des Resultats der Beweisaufnahme für begründet erachtete, weil danach die vorgeschlagene Abteufung eines Schachtes in der Nähe des Bahnhofes Ruda und der Betrieb der Grube an dieser Stelle vortheilhaft erscheine.

Verklagter appellirte, vermißte einen bestimmten Betriebsplan, gegründet auf genaue technische Untersuchung der Oertlichkeit und des abzubauenden Flötzes, Darlegung des in Aussicht stehenden Kohlenförderungs-Quantums, der Arbeitskräfte, des Absatzes und der Betriebskosten mit Berechnung der Kosten der nöthigen Maschinen, und resumirte schließlich seine detaillirten Ausführungen in folgenden acht Punkten, daß Kläger nicht dargethan habe:

1. auf welchem Punkte im Felde der Rudagrube der Bau des Flötzes sich mit Sicherheit auf dauernden Gewinn bewerkstelligen lasse,
2. den erforderlichen Kostenaufwand für den Schacht und die Maschinen zur Wasserhaltung, und für den Schacht und die Maschine zur Förderung,
3. daß die Aussicht auf Rentabilität auch ohne Zweiggeleis vorhanden, eventuell
4. die Eisenbahn zur Bewilligung eines Zweiggeleises und Bewirkung des regelmäßigen Transportes auf demselben bereit sei;

Digitized by Google

5. den erforderlichen desfallsigen Kostenaufwand zur Landabtretung und Anlegung des Geleises;
6. das Vorhandensein von Arbeitern und Wohnungen für dieselben;
7. den desfallsigen Kostenaufwand zur Beschaffung der letzteren;
8. zu welcher Zeit die Kostenerstattung und wirkliche Ausbeute zu erwarten sei;

und stellte dabei einen Kostenaufwand

für Bohrversuche, Abteufung, Maschinen2c. von 70000 Thlr.
für Grunderwerb und Zweiggeleis . . . 30000 „
für Arbeiterwohnungen von . . . . . 10000 „

in Aussicht.

Kläger bestritt dies Alles, benannte Gegengutachter und behauptete, daß Verklagter lediglich als alleiniger Eigenthümer der Brandenburggrube die Concurrenz der Rudagrube fürchte. —

Ohne Beweis zu erheben erkannte hierauf der Civil-Senat des Appellationsgerichts zu Ratibor unterm 18. Juli 1867 auf Abweisung des Klägers, indem der Appellationsrichter zwar die Präjudicial-Einwendungen des Verklagten verwarf, im Uebrigen aber ausführte, daß Kläger überzeugend nachzuweisen habe, daß der angefochtene Beschluß nicht zum Besten der Gesellschaft gereiche, und namentlich ein bergwirthschaftliches Bedürfniß der Gewerkschaft zu dem beanspruchten vermehrten Betrieb vorhanden sei, wozu die Anführungen des Klägers und die Resultate des Beweises der ersten Instanz nicht genügten.

Auf die vom Kläger hiergegen eingelegte Revision wurde das Appellations-Erkenntniß durch Urtel des dritten Senates des Ober-Tribunals vom 6. März 1868 bestätigt, aus folgenden

Digitized by Google

Gründen.

Der vom Kläger erhobene Anspruch steht von vorn herein mit den Bestimmungen des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 in Widerspruch und würde ein denselben als berechtigt anerkennendes Urtel nach jenem Gesetze und der Natur der Sache practisch gänzlich unfruchtbar sein. Schon im Allgemeinen Landrechte ist für Verfügungen über gemeinschaftliches Eigenthum im §. 12. Thl. I. Tit. 17. vorgeschrieben, daß, wenn es auf dergleichen Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache oder die Art ihrer Verwaltung oder Benutzung ankomme, die Mehrheit der Stimmen in der Regel entscheide, wobei der §. 15. a. a. O. für den Fall, daß die Auflösung der Gemeinschaft gar nicht oder doch vorläufig nicht erfolgen kann, ausnahmsweise der widersprechenden Minorität das Recht giebt, richterliche Untersuchung darüber zu verlangen, ob die von der Majorität beschlossene Verfügung zum Besten der Gemeinschaft gereiche; und dann bestimmt der §. 16. a. a. O.:

> Findet sich dies nicht, so darf wider den Willen auch nur eines Theilhabers in der Verwaltung und Benutzung nichts geändert werden;

und schon hiernach muß also in solchem Falle die Sache ganz in der Lage verbleiben, in welcher sie sich vor der angefochtenen Verfügung befand, so daß hier offenbar Verfügungen vorausgesetzt werden, welche in der bisherigen Sachlage etwas änderten.

Dasselbe Princip hatte bereits in der Verordnung vom 12. Mai 1851 über die Verhältnisse der Miteigenthümer eines Bergwerks (Ges.-S. S. 265.) volle Anwendung gefunden, nur daß hier nach §. 8. a. a. O. nicht der ordentliche Richter, sondern ein Schiedsgericht über die Frage entscheiden sollte. Nach den Motiven zu dem Berggesetz vom

Digitized by Google

24. Juni 1865 (Anl. zu den stenographischen Berichten des Herrenhauses pro 1865, Anl. Nr. 13. S 203.) hatte sich aber diese Einrichtung nicht bewährt, man kam daher auf den ordentlichen Richter zurück und demgemäß lauten die §§. 115. 116. dieses Gesetzes (Ges.-S. S. 719.):

Binnen einer Präclusivfrist von vier Wochen vom Ablaufe des Tages, an welchem ein Gewerksbeschluß gefaßt ist, kann jeder Gewerke die Entscheidung des ordentlichen Richters ꝛc. darüber, ob der Beschluß zum Besten der Gewerkschaft gereicht, anrufen und gegen die Gewerkschaft auf Aufhebung des Beschlusses klagen ꝛc.

§. 116. Durch die Anstellung der Klage auf Aufhebung des Gewerkschaftsbeschlusses wird die Ausführung desselben nicht aufgehalten. Wird der Beschluß aufgehoben, so verliert derselbe erst von der Rechtskraft der richterlichen Entscheidung an seine rechtliche Wirksamkeit, —

wobei aber die im §. 120. bezeichneten Gegenstände eine Ausnahme machen sollen, d. h. (§. 114.) Verfügungen über die Substanz des Bergwerks, besonders durch Veräußerung, Verpfändung oder Verpachtung, oder wenn Beiträge von den Gewerken erhoben werden sollen.

Also auch hier werden Beschlüsse vorausgesetzt, durch deren Ausführung in der bisherigen Lage der Substanz oder Verwaltung des Bergwerks etwas geändert werden soll. Durch rechtskräftige richterliche Aufhebung eines solchen Beschlusses wird seine Ausführung gänzlich beseitigt, und es bleibt dann bei derjenigen Sachlage, wie sie vor Fassung des Beschlusses bestand. Die Thätigkeit des Richters ist also lediglich auf eine negative beschränkt, er kann entscheiden, daß ein Beschluß nicht ferner ausgeführt werden darf, wodurch also von selbst die frühere Sachlage unverändert bleibt, er kann aber nicht auf das Verlangen eines den Beschluß An-

Digitized by Google

fechtenden eingehen, eine Aenderung der früheren Sachlage eintreten zu lassen; und der Sinn dieser Bestimmungen geht also dahin, die Minorität gegen die Majorität in so weit zu schützen, daß sie nicht durch Beschlüsse der letzteren zu kostspieligen gewagten Unternehmungen gezwungen werde. Weiter soll die richterliche Thätigkeit nicht gehen. Setzte man wirklich ein dem Kläger günstiges Urtel als möglich und berechtigt voraus, so bliebe nur der Beschluß auf Ablehnung der Betriebsvermehrung aufgehoben, es müßte aber, bis ein anderer Beschluß auf eine bestimmte Art der Betriebsvermehrung gefaßt und der desfallsige Betriebsplan genehmigt wäre, immer bei der bisherigen Sachlage verbleiben, und dies ist gerade das Resultat des angefochtenen Beschlusses. Die Klage ist daher vom Appellationsrichter mit Recht zurückgewiesen.

№ 40.

Armenpflege bei Veränderung der Gemeindebezirke.

Behält ein Armenverband die Armenpflege, bis zur völligen Beseitigung des Bedürfnisses, auch dann, wenn die bis dahin verpflegten Armen durch eine Veränderung in den Gemeindebezirken in einen anderen Ar-

Digitized by Google

menverband übergegangen sind, und ist letzterer berechtigt, die Erstattung der in der Zwischenzeit aufgewendeten Pflegekosten mit dem Einwande abzulehnen, daß dafür zunächst privatrechtlich verpflichtete Personen verhaftet sind?

Gesetz vom 31. December 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege, §§. 1. 3. 4. 25. 26. (Ges.-S. von 1843 S. 8.).
Gesetz vom 21. Mai 1855 Art. 3. (Ges.-S. S. 311.)
Entscheidungen Bd. 45. S. 407.

In Folge eines Allerhöchsten Erlasses vom 7. März 1859 wurden Theile der Ortschaft K. dem Bezirke der Stadt Stettin einverleibt und trat die Bezirksveränderung mit allen davon abhängigen Communalverhältnissen mit dem 1. September jenes Jahres ein. Die Stadtgemeinde St. weigerte sich indeß, die Armenfürsorge für die in jenen Theilen der Ortschaft K. wohnhaften Verarmten zu übernehmen. Dieselbe verblieb einstweilen auch ferner dem Landarmenverbande, welcher sie nach §. 9. des Gesetzes vom 31. December 1842 über die Armenpflege ursprünglich hatte übernehmen müssen, weil jene Ortschaft K. einer bestehenden selbstständigen Gemeinde nicht angehört hatte.

Der Landarmenverband hat nunmehr gegen die Stadtgemeinde St. wegen Uebernahme der Armenpflege jener Personen und wegen Erstattung der seit dem 1. September 1859 für dieselben verwendeten Pflegekosten Klage erhoben. Die Verklagte bestritt nicht bloß, daß jene Personen vor dem 1. September 1859, bezüglich vor dem Eintritte ihrer Hülfsbedürftigkeit, in dem abgetrennten Bezirke ein Armendomicil erworben hätten, sondern wandte auch im Laufe der Instanzen

Digitized by Google

ein, daß die Verpflichtung zur Armenpflege bis zur völligen Beseitigung des Bedürfnisses unverändert dem Armenverbande bleibe, in dessen Bezirk zuerst das Bedürfniß hervorgetreten sei und ferner, daß Erstattung der bereits aufgewendeten Kosten zunächst von den aus privatrechtlichen Verhältnissen verhafteten Personen und nur erst in deren Ermangelung von dem subsidiarisch verhafteten Armenverbande verlangt werden könne.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Stettin, wies den Kläger ab, weil der Beweis dafür nicht rechtzeitig angetreten worden, daß die verarmten Personen in dem der verklagten Stadtgemeinde zugeschlagenen Bezirke ihr Armendomicil wirklich gehabt haben. Ohne den dafür vorgebrachten Beweis zu erheben, hat das Appellationsgericht zu Stettin, durch Urtel vom 26. Januar 1867, das erste Erkenntniß nur dahin geändert, daß Kläger angebrachtermaßen abzuweisen; es rechtfertigte diese Entscheidung damit, daß die Verpflichtung der örtlichen Armenverbände zur Armenpflege nur eine subsidiare sei, sofern kein anderer vorhanden, welcher aus einem privatrechtlichen Verhältnisse zur Unterhaltung eines Hülfsbedürftigen verpflichtet sei. Der Art. 3. des Gesetzes vom 21. Mai 1855 stelle zwar einem Armenverbande, der vorläufig die Unterstützung eines fremden Armen übernommen, die Wahl frei, entweder den privatrechtlich Verpflichteten oder den subsidiair verhafteten Armenverband wegen Erstattung der aufgewendeten Kosten in Anspruch zu nehmen, diese Bestimmung finde auf alle Fälle der vorliegenden Art indeß keine Anwendung, da der Art. 3. nur als Zusatz zu den §§. 25. 26. des Gesetzes vom 31. December 1842 über die Armenpflege ergangen sei.

Gegen dieses Erkenntniß ist vom Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde und von der Verklagten die Revision eingelegt.

Digitized by Google

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat am 28. October 1867, auf die, als Revision zu behandelnde, Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers, unter Aufhebung des Appellations-Erkenntnisses, die Sache zur Beweisaufnahme darüber, ob die Verarmten beim Eintritte ihrer Hülfsbedürftigkeit in dem der verklagten Gemeinde zugeschlagenen Bezirke ein Armendomicil erworben hatten? sowie zur anderweiten Entscheidung, in die zweite Instanz zurückgewiesen und dadurch die Revision des Verklagten für erledigt erachtet.

Gründe.

Der Appellationsrichter hat die Frage, ob die in Rede stehenden Personen ein Armendomicil in der Ortschaft K. vor dem 1. Sept. 1859 und bei dem Eintritte ihrer Hülfsbedürftigkeit, wirklich erworben hatten, einer Erörterung nicht unterzogen, vielmehr ohne Beweisaufnahme darüber den Kläger abgewiesen, weil die Verpflichtung des örtlichen Armenverbandes nur eine subsidiare sei, sofern kein anderer aus einem privatrechtlichen Verhältnisse Verpflichteter vorhanden, eine solche Behauptung in erster Instanz nicht aufgestellt sei. Hierauf kommt es indeß nicht an. Nach Art. 3. des Ergänzungs-Gesetzes vom 21. Mai 1855 ist ein Armenverband, der die vorläufige Unterstützung eines fremden Armen übernommen hat, berechtigt, seinen Anspruch auf Erstattung der ihm dadurch erwachsenen Kosten, nach seiner Wahl, entweder gegen den aus einem privatrechtlichen Titel Verpflichteten, oder gegen den verpflichteten Armenverband geltend zu machen, er ist somit keineswegs verpflichtet, zunächst die privatrechtlich Verpflichteten in Anspruch zu nehmen, kann vielmehr den definitiv verpflichteten Armenverband an diese verweisen. Der Appellationsrichter will diese Bestimmung im vorliegenden Falle nicht zur Anwendung bringen, weil Art. 3. als zusätzliche Bestimmung zu den §§. 25. 26. des Armenpflegegesetzes

Digitized by Google

vom 31. December 1842 ergangen und daher auf die Fälle zu beschränken sei, in denen es sich um eine einstweilige, d. h. vorläufige, interimistische Fürsorge für einen fremden Armen handle, welche sofort einzutreten habe, damit dieser nicht ohne Unterstützung bleibe. Er scheint danach der Meinung zu sein, als ob es sich im vorliegenden Falle nicht um solche einstweilige Fürsorge gehandelt habe. Wenn aber, was nicht bestritten ist, die verklagte Gemeinde durch die Einverleibung des bezeichneten Bezirks alle aus dem Communalverhältnisse entspringenden Lasten, und damit auch die Verpflichtung zur Uebernahme der Armenpflege, überkam und wenn ihr insbesondere auch die Armenpflege jener zehn Personen oblag, so war auch die Fürsorge, welcher der klagende Landarmenverband nach jenem Termine hinsichtlich jener zehn Personen noch fernerhin sich unterzog, weil Verklagte die Uebernahme weigerte, eine einstweilige, im Sinne des §. 26. l. c.; die Personen wären mit dem 1. September 1859 ohne Unterstützung geblieben, wenn Kläger nicht die Fürsorge fortgesetzt hätte; erst in dem Berichte vom 22. April 1864, dessen Inhalt Verklagte in zweiter Instanz anerkannt hat, erklärte diese sich bereit, die Armenpflege zu übernehmen.

Es kann auch jene Vorschrift des Art. 3. nicht auf örtliche Armenverbände beschränkt werden; denn es liegt kein Grund vor, die Landarmenverbände, wenn sie an Stelle eines örtlichen Armenverbandes die Fürsorge für einen hülflosen Armen einstweilen übernommen haben, ungünstiger zu stellen, als die örtlichen Armenverbände. Der Fall, daß ein Landarmenverband in die Lage kommen könnte, einstweilen für einen hülflosen Armen die Fürsorge zu übernehmen, hat, als ein mehr ungewöhnlicher, dem Gesetzgeber ferner gelegen, weil der Regel nach immer ein örtlicher Armenverband vorhanden sein wird, dem nach §. 26. des Gesetzes

Digitized by Google

vom 31. December 1842 über die Armenpflege zunächst die vorläufige Fürsorge obliegt. Es ist daher auch die Bestimmung im Art. 3. des Ergänzungsgesetzes vom 21. Mai 1855 als ein allgemein aufgestellter Grundsatz anzusehen, daß überhaupt jeder Armenverband — gleichviel ob ein örtlicher oder ein Landarmenverband — der einstweilen die Fürsorge für einen fremden Armen übernommen, berechtigt ist, nach seiner Wahl entweder den privatrechtlich Verpflichteten, oder den verpflichteten Armenverband wegen Erstattung der ausgelegten Pflegekosten in Anspruch zu nehmen.

Verklagte wendet jetzt zwar noch ein, daß für die Verpflichtung zur Armenpflege lediglich der Zeitpunkt des eingetretenen Bedürfnisses maßgebend sei, und daß, da dieser nach der eigenen Anführung des Klägers bezüglich aller jener Personen in die Zeit vor dem 1. September 1859 falle, wo in Ermangelung eines örtlichen Armenverbandes die Fürsorge dem Landarmenverbande oblag, diese Verpflichtung dann auch für die ganze Dauer des Bedürfnisses unverändert dem Landarmenverbande anheimfiel. Dieser vom Ober-Tribunal allerdings in verschiedenen Entscheidungen ausgesprochene Grundsatz findet indeß auf vorliegenden Fall keine Anwendung, er beruht auf wesentlich verschiedenen Voraussetzungen. Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen der Verarmten — durch Verheirathung, Uebergang in eine andere Familie, Fortdauer des begonnenen Wohnsitzes an einem anderen Orte — befreien einen Armenverband allerdings nicht von der einmal ihm anheimgefallenen Armenfürsorge. Hier ist aber eine solche Veränderung mit den Verarmten gar nicht vorgegangen; es ist die Ortschaft einer anderen Gemeinde einverleibt und sind mit dieser, vom Staate genehmigten Einverleibung, alle aus dem Communalverbande fließenden Verpflichtungen auf den neuen Gemeindeverband über-

Digitized by Google

gegangen. Es ist nicht ersichtlich, wie in einem solchen Falle der Abtrennung eines Bezirks aus einer Gemeinde und Einverleibung desselben in eine andere Gemeinde, die erste auch ferner noch die aus dem Communalverbande beruhenden Lasten bezüglich dieses Bezirks sollte tragen müssen; bei dem Mangel einer entgegenstehenden Verabredung gehen durch solche Bezirksveränderung alle Communallasten auf den neuen Gemeindeverband über; im vorliegenden Falle ist sogar die Anordnung getroffen worden, daß mit dem 1. September 1859 dieser Uebergang eintreten sollte. Zu den Communallasten gehören auch die Kosten der Armenpflege. Es macht darin auch der Umstand keinen Unterschied, daß der fragliche Bezirk K. einem Gemeindeverbande nicht angehört zu haben scheint, weshalb auch die Armenpflege dem Landarmenverbande anheimfiel; denn das Entscheidende liegt in der Einverleibung des Bezirks in dem Gemeindebezirk St. und in dem unbestrittenen Uebergange aller Communallasten auf Letzteren. Verklagte hat denn auch in dem anerkannten Bericht vom 22. April 1864 die Verpflichtung zur Uebernahme der Armenpflege bezüglich der zehn Personen an sich gar nicht bestritten, auch in den früheren Instanzen nicht in Abrede gestellt, vielmehr damals nur geleugnet, daß in der Aufwendung der 1099 Thlr. 15 Sgr. für die Unterstützung jener Verarmten eine nützliche Verwendung zu finden und daß diese Personen ein Armendomicil in K. erworben gehabt hätten, als ihre Hülfsbedürftigkeit hervorgetreten sei. Dieser letztere Punkt ist von dem Vorderrichter nicht erörtert und entschieden, jener andere Einwand der Verklagten aber unbegründet.

Nach §. 268. Thl. I. Tit. 13. A. L. R. ist dasjenige, womit nöthige oder nützliche Ausgaben für einen Anderen

Digitized by Google

bestritten werden, für verwendet in den Nutzen desselben zu achten und §. 269 bestimmt:

Ausgaben, zu welchen Jemand durch die Gesetze verpflichtet wird, sind nothwendig.

Hatten jene zehn Personen in K. ein Armendomicil erworben und waren sie hülfsbedürftig, so lag nach obiger Ausführung die Verpflichtung zur Armenpflege, seit der Einverleibung des Bezirks in den der Stadt St. — den 1. September 1859 — gesetzlich auch der Letzteren ob, und wenn Kläger die Kosten für diese Armenpflege bestritten hat, so hat er Ausgaben für Verklagte gemacht, zu denen letztere gesetzlich verpflichtet war.

№ 41.

Ansprüche des Charité-Krankenhauses zu Berlin, wegen Krankenpflege, an die betreffenden Orts-Gemeinden.

Ist in dem §. 7. des Regulativs für die Verwaltung der Charité in Berlin, vom 7. September 1830, unter dem Hinweise auf die Gemeindeangehörigkeit des aufgenommenen Kranken, der juristische Wohnsitz desselben oder die Angehörigkeit bezüglich der

Digitized by Google

Armenpflege, als entscheidend für die Verpflichtung zur Erstattung der entstandenen Kurkosten, zu verstehen?

Regulativ vom 7. September 1830 §. 7. (Ges.-S. S. 133.)
A. L. R. §. 9. Thl. II. Tit. 19.
A. G. O. §§. 17. ff. Thl. I. Tit. 2.
Gesetz über die Armenpflege vom 31. December 1842 §§. 1. 4. (Ges.-S. pro 1843 S. 8.).

In der Zeit vom 1. Juni 1861 bis 24. März 1863 ist der geisteskranke Conditorgehülfe E. in der Charité in Berlin behandelt und verpflegt und sind dafür 441 Thlr. 10 Sgr. Kosten entstanden. Die eine Hälfte dieser Summe hat die Stadtgemeinde Berlin, woselbst E. sich zuletzt aufgehalten hatte, bereits der Charité erstattet, die andere Hälfte verlangt dagegen letztere auf Grund des §. 7. des Regulativs vom 7. September 1830 von der Stadtgemeinde Rawitsch ersetzt, weil sie nach jenem §. 7. sich für berechtigt hielt, sich mit Uebergehung aller, aus einem privatrechtlichen Verhältnisse sonst Verpflichteter, unmittelbar an die Gemeinde zu halten, welcher der verpflegte Kranke angehört, unter dieser Angehörigkeit aber das juristische Domicil zu verstehen sei.

Die verklagte Gemeinde bestritt dieses, behauptete vielmehr, daß Klägerin sich nach jenem §. 7. immer nur an die Gemeinde halten könne, welcher der verpflegte Kranke in Bezug auf die Armenpflege angehöre, daß sie diese Gemeinde nicht sei, weil der E. bereits am 29. Mai 1857 großjährig geworden und von R. schon seit dem Jahre 1855 abwesend gewesen sei, ihre Verpflichtung daher, nach §. 4. des Gesetzes über die Armenpflege, vom 31. December 1842, längst aufgehört gehabt habe, als die Hülfsbedürftigkeit des

Digitized by Google

E. eingetreten sei. Dieser Ansicht sind auch die Richter erster und zweiter Instanz beigetreten. Das Kreisgericht zu Rawitsch und das Appellationsgericht zu Posen in ihren Erkenntnissen vom 13. März 1866 und 8. Februar 1867, haben die Klägerin mit ihrem Anspruche an die verklagte Gemeinde R. abgewiesen und von dem ersten Senat des Ober-Tribunals ist durch Erkenntniß vom 22. November 1867 die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen worden, aus folgenden

Gründen.

Der Appellationsrichter soll sich einer Verletzung des §. 7. des Regulativs für die Verwaltung der Charité vom 7. September 1830, sowie der in den §§. 9. ff. Thl. II. Tit. 19. des A. L. R. und den §§. 17. ff. Thl. I. Tit. 2. der A. G. O. ausgesprochenen Rechtsgrundsätze durch Nichtanwendung und des §. 4. des Armenpflegegesetzes vom 31. December 1842 durch unpassende Anwendung schuldig gemacht haben, weil die Gemeindeangehörigkeit des §. 7. des Regulativs nicht der Unterstützungswohnsitz, sondern das juristische Domicil sei. Implorant sucht dieses zunächst aus der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes: Gemeindeangehörigkeit herzuleiten. Der §. 7. des Regulativs handelt indeß nicht von Gemeindeangehörigkeit, es heißt vielmehr zunächst:

> daß zur Vermeidung aller Weitläuftigkeiten die städtischen Behörden, oder sonstigen Communen, für die Cur- und Verpflegungskosten eines jeden ihnen angehörigen, in die Charité aufgenommenen und daselbst verpflegten Kranken vorzüglich haften.

Der §. 7. spricht also nur ganz allgemein, ohne sich gerade des Ausdrucks „Gemeindeangehörigkeit“ zu bedienen, von denjenigen Kranken, die einer Gemeinde angehören; in dieser

Digitized by Google

Beziehung liegt auch nach der gewöhnlichen Bedeutung keine Hinweisung auf den juristischen Wohnsitz.

Die Gemeindeangehörigkeit äußert Wirkungen auf die Mitglieder der Gemeinde überhaupt nach sehr verschiedenen Richtungen; sie erzeugt nach §. 27. Thl. II. Tit. 6., §. 28. Thl. II. Tit. 7. und §. 24. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. mannigfache Rechte und Pflichten und darunter nach §. 9. Thl. II. Tit. 19. des A. L. R. auch die der Armenpflege. Wenn nun auch die Gemeindeangehörigkeit, ebenso wie der Gerichtsstand (§. 2. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. und §. 9. Thl. I. Tit. 2. der A. G. O.) allein von Begründung des Wohnsitzes abhängig wäre, so würde daraus doch noch in keiner Weise folgen, daß die Gemeindeangehörigkeit, wie Implorant meint, mit juristischem Domicil zusammenfalle, oder bei dem Gebrauche des Ausdrucks „Gemeindeangehörigkeit" allein oder auch nur vorzugsweise an das juristische Domicil gedacht sein sollte. Es wird vielmehr stets näher geprüft werden müssen, in welcher Verbindung und Beziehung der Ausdruck Gemeindeangehörigkeit gebraucht worden.

Auch der übrige Inhalt des §. 7. des Regulativs, auf den Implorant ferner zur Begründung seiner Ausführung Bezug nimmt, läßt in keiner Weise erkennen, daß auf den juristischen Wohnsitz hingedeutet werden sollte. Es heißt dort, im Anschlusse an den vorhin bereits mitgetheilten Inhalt, weiter:

> daß sie — nämlich die städtischen Behörden und sonstigen Communen — demnach auf Erfordern des Curatorii die Zahlung für denselben (den ihnen angehörigen Kranken), ohne die Behörde erst auf den Zahlungspflichtigen selbst zu verweisen, nach den niedrigsten Sätzen zu leisten haben, wobei es ihnen immer unbenommen bleibt,

Digitized by Google

sich durch den Zahlungspflichtigen selbst, in wie fern er zahlungsfähig ist, wieder entschädigen zu lassen.

Die Kranken selbst oder die Personen, welche aus einem privatrechtlichen Titel zur Fürsorge verpflichtet sind — §. 1. Thl. II. Tit. 19. des A. L. R. — werden offenbar als die zunächst für die Cur- und Pflegekosten verhafteten Personen betrachtet; wenn nun nach jener Bestimmung des §. 7. die Communen vorzüglich, d. h. vor jenen Privatpersonen die Cur- und Pflegekosten der Charité bezahlen sollen, Letztere nicht an jene verpflichteten Personen verweisen dürfen, sich vielmehr die bezahlten Kosten von diesen erstatten lassen können, so ist, wie das auch wiederholt in verschiedenen Erkenntnissen des Ober-Tribunals ausgeführt worden, zu Gunsten der Charité, um Weitläuftigkeiten zu vermeiden, nur die Reihenfolge geändert, nach welcher sonst zunächst die Kranken und deren Angehörige und dann erst die Communen haften.

Hätte das Gesetz nicht unter den Communen, denen jene Kranken angehören, diejenigen verstanden, welchen gesetzlich schon die Armenpflege schließlich obliegt — §§. 9. 10. Thl. II. Tit. 19. des A. L. R. — sondern lediglich die des juristischen Wohnsitzes, so wäre für diese Letzteren eine neue Verpflichtung entstanden, und es wäre dann dieselbe auch nicht bloß an den Zahlungspflichtigen, sondern außerdem noch an die schließlich zur Armenfürsorge verpflichtete Gemeinde verwiesen. Für Beides fehlt es in dem §. 7. an jedem Anhalte.

Implorantin scheint zwar der Meinung zu sein, daß in der That die Gemeinde des juristischen Domicils an die zur Armenpflege verpflichtete gewiesen sei; denn sie führt aus, daß in jenem §. 7. unterschieden werde zwischen der zur Armenfürsorge verpflichteten und der Angehörigkeitsgemeinde, indeß beruht diese Ausführung auf einer unrichtigen Auf-

Digitized by Google

fassung des §. 7.; ein solcher Unterschied ist dort nicht gemacht, es sind vielmehr den Gemeinden, welchen die Kranken angehören nur die privatrechtlich verpflichteten Personen gegenübergestellt.

Auch die Hindeutung des Imploranten auf den im Gesetze selbst angegebenen Zweck jener Vergünstigung der Charité ist eine verfehlte.

Unrichtig, außerdem aber auch unerheblich, ist nämlich, was zur Begründung dessen angeführt wird, daß der angegebene Zweck, Vermeidung von Weiterungen, nicht erreicht werde, sobald die Charité sich in den Fällen des §. 7. nur an die zur Armenpflege verpflichtete Gemeinde halten könnte. Eine Weitläuftigkeit für die Charité würde es sein, wenn sie zunächst sich an die Kranken selbst und deren Angehörige halten müßte, und erst dann, wenn deren Unvermögen festgestellt wäre, die verpflichtete Commune in Anspruch nehmen könnte. Diese Weiterung würde eine besonders lästige sein, weil sie in jedem Falle einträte, umständliche Erörterungen und selbst unnütze Processe herbeiführte; sie wird aber vermieden, wenn die Charité zunächst und vor den verpflichteten Privatpersonen die Commune in Anspruch nehmen kann. Vermeidung dieser Weiterungen ist ganz augenscheinlich der alleinige in dem Gesetze angedeutete Zweck jener der Charité ertheilten Vergünstigung. Dieser Zweck aber wird erreicht ohne Rücksicht darauf, wie die Verpflichtung der Gemeinden zur Armenpflege gesetzlich regulirt ist. Deshalb erscheint es auch unerheblich, wenn die Ermittelung des Armendomicils früher, zur Zeit der Emanation jenes Regulativs vom 7. September 1830, schwieriger, wie die des juristischen Wohnsitzes, oder leichter, als nach den Vorschriften des neueren Armenpflegegesetzes vom 31. December 1842 sein sollte.

Es ist aber auch nicht einmal als unbedingt richtig an-

Digitized by Google

zuerkennen, daß die Ermittelung des juristischen Domicils früher oder jetzt leichter gewesen als die des Armendomicils. Letzteres ist sowohl nach §§. 10. 11. Thl. II. Tit. 19. des A. L. R. als auch gegenwärtig nach §. 1. des Armenpflegegesetzes vom 31. December 1842 der Regel nach von leichter erkennbaren Thatsachen, Bezahlung der Abgaben und gemeinen Lasten, Aufnahme als Gemeindemitglied, Begründung des Wohnsitzes durch polizeiliche Meldung und längeren Aufenthalt abhängig gemacht, während die §§. 9. ff. Thl. I. Tit. 2. der A. G. O. hauptsächlich den Willen einer Partei entscheiden lassen, an einem bestimmten Orte den Wohnsitz nehmen zu wollen und auf diesen Willen erst geschlossen werden soll, aus Thatsachen — Einrichtung einer vollständigen Wirthschaft ꝛc. — die sich der äußeren Wahrnehmung weit mehr entziehen und an und für sich sehr verschiedener Auffassung unterliegen, insbesondere bei solchen Personen, die sich im Zustande der Verarmung befinden, an keinem Orte einen bestimmten dauernden Wohnsitz aufschlagen. Mag aber auch in einzelnen Fällen die Ermittelung des Armendomicils vorzugsweise nach dem Gesetze vom 31. December 1842 besonderen Schwierigkeiten und Zweifeln unterliegen, dasselbe kann in ganz ähnlicher Weise und mit nachtheiligeren Folgen auch bezüglich des juristischen Domicils eintreten. Es würde beispielsweise hinsichtlich solcher Personen, welche ihren früheren Wohnsitz aufgegeben, einen neuen aber noch nicht genommen haben — §§. 22. 23. Thl. I. Tit. 2. der A. G. O. — die Charité nach ihrer Auslegung des §. 7. l. c. sogar in die Lage kommen, den Anspruch auf Ersatz der Cur- und Pflegekosten gegen eine Commune überhaupt nicht geltend machen zu können, während der frühere Wohnsitz nach §. 4. des Armenpflegegesetzes vom 31. December 1842 noch drei Jahre lang als Armendomicil für jene Kosten verhaftet sein würde.

Digitized by Google

In keinem Falle könnte aber daraus, daß, nach der veränderten Gesetzgebung über Armenpflege, gegenwärtig die Feststellung des Armendomicils mehr Schwierigkeiten unterworfen wäre, als zur Zeit des Erlasses des Regulativs vom 7. September 1830, ein Grund entnommen werden, den §. 7. des letzteren in einem der Charité günstigen Sinne aufzufassen. Es kann vielmehr, wenn für dessen Auslegung der dem Gesetze zum Grunde liegende Zweck in Betracht kommt, nur der damalige Stand der Gesetzgebung maaßgebend sein. Wurde damals, bei der früheren Armengesetzgebung, der beabsichtigte Zweck erreicht, so würde vielleicht Grund vorgelegen haben, jene Bestimmung des §. 7. des Regulativs mit der Aenderung der Armengesetze dem Zwecke entsprechend zu modificiren. Das ist aber nicht geschehen. Ist somit in dem §. 7. unter der Gemeinde, welcher der Kranke angehört, die zur Armenfürsorge verpflichtete Gemeinde gemeint und zu verstehen, so kommen auch bei Erörterung der Frage, welche Gemeinde jetzt die zur Armenfürsorge verpflichtete ist, nicht die früheren, sondern nach §. 36. des Gesetzes vom 31. December 1842 die gegenwärtig geltenden Gesetze zur Anwendung und es beseitigt sich dadurch der erhobene Vorwurf, daß §. 4. des Gesetzes vom 31. December 1842 mit Unrecht vom Appellationsrichter der Entscheidung zum Grunde gelegt worden, ebenso wie auch der Vorwurf der Nichtanwendung der §§. 9. ff. Thl. II. Tit. 19. des A. L. R. und des §. 17. Thl. I. Tit. 2. der A. G. O.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war somit als unbegründet zurückzuweisen.

Digitized by Google

№ 42.

Schlesien. Armenpflege der Grundherrschaften.

Ist die nach dem Edicte vom 24. December 1747 den Grundherrschaften in Schlesien obliegende Verpflichtung zur Armenfürsorge, innerhalb des Gutsbezirks, abhängig von der Ausübung der Gerichtsbarkeit?

Edict vom 14. December 1747.

Gesetz vom 31. December 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege §. 7.

Entscheidungen Bd. 48. S. 436.

Fiscus als früherer Besitzer des im Neißer Kreise belegenen Gutes S. hatte sich bei dessen Verkaufe im Jahre 1819 die Jurisdiction vorbehalten. Ein späterer Besitzer dieses Gutes hatte im Jahre 1839 verschiedene Parcellen desselben veräußert und aus denselben eine selbstständige Colonie H. gebildet.

Auf Grund einer Bestimmung des für Schlesien ergangenen Edicts vom 14. December 1747, betreffend die Ausrottung der Bettler und Arbeitsscheuen, nach welcher die Gutsherrschaften mit den Gemeinden einen gemeinsamen Armenverband bilden, war der Besitzer des Gutes S. durch

Digitized by Google

die Verwaltungsbehörden zur Armenpflege auch in jener Colonie H. herangezogen.

Derselbe klagte nunmehr wider die Gemeinde H. auf Befreiung von dieser Verpflichtung und gründete diesen Anspruch hauptsächlich auch darauf, daß nach dem Edicte die Gutsherrschaften nur für die unter ihre Jurisdiction gehörigen Armen zu sorgen verpflichtet seien, Jurisdiction aber dem Gute nicht zustehe, Fiscus vielmehr sich dieselbe bei der Veräußerung des Gutes im Jahre 1819 ausdrücklich vorbehalten habe.

Kläger ist indeß durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Neiße und des Appellations-Gerichts zu Ratibor abgewiesen, von ersterem wegen mangelnder Passivlegitimation, von letzterem aber, weil der Antrag nicht negativ auf Befreiung von der Verpflichtung zur Armenpflege, sondern nur positiv auf Uebernahme derselben gegen den eigentlich Verpflichteten gerichtet werden konnte.

Die gegen dieses Erkenntniß zweiter Instanz vom Kläger erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem Ober-Tribunale zwar für begründet erklärt, es ist jedoch die den Kläger abweisende Entscheidung aufrecht erhalten. Die

Gründe

des vom ersten Senate am 7. October 1867 beschlossenen Erkenntnisses, soweit sie die allein hier interessirende Hauptsache betreffen, lauten folgendermaaßen:

Dem Kläger ist darin beizutreten, daß nach §. 6. Nr. 4. des Gesetzes über die Armenpflege vom 31. December 1842 derselbe für die Armen der aus Trennstücken seines Gutes S. früher gebildeten Colonie H. zu sorgen nicht verpflichtet sein würde, weil unbestritten mit diesen Trennstücken eine eigene Gemeinde gebildet ist; der §. 7. jenes Gesetzes

Digitized by Google

beläßt es indeß bei den, nach besonderer Verfassung einzelner Provinzen zwischen Rittergütern oder Domainen und Gemeinden gebildeten Armenverbänden, und es fragt sich daher, in wiefern das für Schlesien ergangene und noch gültige Edict vom 14. December 1747 auf den vorliegenden Fall Anwendung findet. Es heißt in demselben Nr. 1. wie Kläger selbst anführt:

> Jede Grundherrschaft auf dem Lande und Obrigkeit in den Städten ist schuldig und verbunden, die unter ihre Jurisdiction gehörigen Armen zu versorgen, zu welchem Ende Grundherrschaften die Verpflegung ihrer Armen nicht den Gemeinden allein zur Last legen, sondern dabei concuriren und bis zur völligen Einrichtung der jeden Orts verordneten Armencasse dahin sehen sollen, daß mittelst monatlichen gemeinschaftlichen Beitrages denen Armen der nöthige Unterhalt gewährt werde. Wenn die Armencasse völlig eingerichtet, müssen die Armen des Orts daraus erhalten und wenn die Cassen nicht hinlänglich, denselben durch Beitrag der Herrschaft und Unterthanen zu Hülfe gekommen werden.

Der erste Richter hält diese Bestimmung nicht für anwendbar, weil Fiscus im Jahre 1819, bei dem Verkaufe des Gutes S. im Besitze der Jurisdiction verblieben, er daher auch als Inhaber der Gerichtsbarkeit für die zur Armenpflege mitverpflichtete Gutsherrschaft angesehen werden müsse, dagegen weiset er aus einem anderen Grunde den Kläger ab.

Jene Ansicht, auf welche Kläger auch seine Klage gegründet hat, ist indeß nicht richtig. Das, was das Edict bezüglich der Armenpflege angeordnet hat, steht mit der Jurisdiction in keiner nothwendigen Verbindung. Der Ausdruck „Jurisdiction" ist nur im örtlichen Sinne gebraucht, in dem örtlich begrenzten Bezirk, in welchem die Gutsherr-

Digitized by Google

schaft die Jurisdiction ausübt, welcher sowohl Dominial- als Rustical-Besitzungen umfaßt, soll die Grundherrschaft mit der sonst schon nach anderen Richtungen hin verbundenen Gemeinde auch gemeinschaftlich für die Armen sorgen. Dahin deuten auch die im Uebrigen gebrauchten Ausdrücke; es ist nirgends von der Gerichts-Obrigkeit, von den Gerichts-Eingesessenen, dem Gerichtsbezirk, sondern stets von der Grundherrschaft, den Unterthanen, dem Ort, als örtlichem Bezirk, die Rede. Eben dasselbe ist in dem Erkenntnisse vom 26. April 1858 bereits ausgeführt. Hat somit jenes Edict obige Verpflichtung der Grundherrschaft nicht als einen Ausfluß der Jurisdiction bezeichnet, auch nicht von deren Ausübung abhängig gemacht, so ist es auch keineswegs entscheidend, daß Fiscus bei Veräußerung des Gutes S. die Gerichtsbarkeit dem Erwerber nicht mit übertragen hat, Kläger bezeichnet das Gut S. in seiner Klage selbst als ein rittermäßiges, behauptet auch nicht, daß bei der Veräußerung, oder später, in der Beschaffenheit jenes selbstständigen Gutes eine Aenderung eingetreten oder dem Besitzer die Rechte der Grundherrschaft sonst entzogen wären und der erste Richter hat, ohne daß dagegen irgend ein Angriff gerichtet wäre, als notorisch feststehend erklärt, daß das Gut in der Kreisständischen Matrikel eingetragen sei. Es bildete daher die Grundherrschaft auch, als sie im Jahre 1838 einzelne Stücke abzweigte und mit denselben eine besondere Gemeinde H. angelegt wurde, mit diesen Parcellen nach dem allegirten Edict von 1747 einen gemeinschaftlichen Armenverband und darin hat das Gesetz von 1842 nach dem §. 7. nichts ändern wollen.

Da nun Kläger auch nicht einmal behauptet, geschweige denn nachgewiesen hat, daß dieser Verband später aufgelöst worden sei, er seinen Anspruch auf Befreiung von der Armenpflege lediglich darauf stützt, daß jene Bestimmung des Edicts

Digitized by Google

von 1747 keine Anwendung finde, so erscheint auch die Klage unbegründet und es war dem entsprechend das die Zurückweisung der Klage aussprechende Erkenntniß des vorigen Richters aufrecht zu erhalten.

№ 43.

Res judicata, in Bezug auf Leistung einer Handlung.

Kann der, welcher durch ein rechtskräftiges Erkenntniß zur Leistung einer Handlung verurtheilt worden, aus demselben ein Recht auf Gestattung dieser Handlung Seitens des Gegners herleiten?

A. G. O. Einleitung §§. 65. 66.

Verordnung vom 4. März 1834 über die Execution in Civil-Sachen §. 9.

Mittelst eines Vertrages vom 26. October 1861 verkaufte der Bauer Johann K. zu A. seinem Sohne und dessen damaliger Braut mehrere Grundstücke, unter der Verpflichtung, ihnen darauf die nöthigen Wirthschafts- und Wohngebäude binnen zwei Jahren zu erbauen. Auf Grund hiervon wurde derselbe in dem deshalb gegen ihn von den Käu-

Digitized by Google

fern, den Johann und Rosalie K.'schen Eheleute, angestrengten Processe, durch das in zweiter Instanz ergangene Erkenntniß vom 5. September 1866 rechtskräftig verurtheilt, ihnen auf dem durch den gedachten Vertrag gekauften Gartenstück ein Wohnhaus und zwei Ställe von näher angegebener Beschaffenheit zu erbauen. Auf den Antrag der K.'schen Eheleute wurde demnächst dem Bauer Johann K., in Gemäßheit des §. 9. der Verordnung vom 4. März 1834 über die Execution in Civil-Sachen, durch das Mandat vom 15. Januar 1867 aufgegeben, die gedachten Gebäude binnen vier Wochen aufzuführen, und, da er dem Mandate nicht genügte, liquidirten die K.'schen Eheleute mittelst Klage vom 29. März 1867 ihr Interesse im Betrage von 600 Thlr. Nunmehr fing der Bauer Johann K. mit dem Bau auf dem Gartenstücke der K.'schen Eheleute an; diese aber trugen im Wege des schleunigen Baupocesses klagend darauf an, dem Bauer Johann K. die Fortsetzung der auf ihrem Grund und Boden begonnenen Erdarbeiten und des Baues zu untersagen.

Der Verklagte erhob den Einwand der Litispendenz und behauptete, unter Bestreiten der Kläger, daß selbst im März der Bau noch nicht ausführbar gewesen und die Kläger noch im April wegen desselben mit ihm Vergleichsverhandlungen gepflogen, auch noch im Mai ihm den Bau ausdrücklich gestattet hätten.

Nach erhobenem Beweise erkannte das Kreisgericht zu Kosel durch Urtel vom 12. Juli 1867 auf Abweisung des Klageantrages, indem es die gedachten Behauptungen des Verklagten im Wesentlichen für erwiesen erachtete und es hat auch, wenngleich nicht aus den Gründen des ersten Richters, das Appellationsgericht zu Ratibor durch Urtel vom 12. September 1867 bestätigend erkannt. Gegen diese Entscheidung haben die Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt mit der

Digitized by Google

Behauptung, daß der Appellations-Richter den §. 9. der gedachten Verordnung vom 4. März 1834 und die Grundsätze von der res judicata verletzt habe, und es ist auch durch das Urtel des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 31. October 1867 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und, unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, die Verurtheilung des Verklagten nach dem Klageantrage ausgesprochen worden. Die

Gründe

dieses Urtels lauten:

Der Appellations-Richter erkennt an, daß eine Entscheidung darüber, ob Kläger, nachdem Verklagter, innerhalb der in dem Mandate vom 15. Januar 1867 bestimmten vierwöchentlichen Frist, seiner Verpflichtung der Errichtung der in dem Erkenntnisse vom 5. September 1866 bezeichneten Gebäude, auf dem den Klägern verkauften Gartenstück, nicht nachgekommen, zur Forderung ihres Interesse berechtigt sind, nicht Gegenstand des Erkenntnisses in dem gegenwärtigen Processe sein kann, da darüber ein besonderer Proceß schwebt. Nicht minder erachtet der Appellations-Richter eine Erörterung der Fragen: ob Kläger die, ihres Widerspruchs ungeachtet, von dem Verklagten begonnenen Gebäude zu übernehmen verpflichtet sein werden, und ob Verklagter durch die Ausführung der Gebäude von seiner judicatmäßigen Verpflichtung den Klägern gegenüber befreit sein werde, für nicht in den vorliegenden Proceß gehörig, weil diese Fragen nicht Gegenstand des Streites unter den Parteien seien. Nach der Ansicht des Appellations-Richters kommt es vielmehr hier lediglich auf die Frage an: ob Kläger für berechtigt zu erachten, dem Verklagten die Fortsetzung des in Erfüllung des Urtels vom 5. September 1866 angefangenen Baues zu untersagen? und diese Frage verneint der Appellations-Richter.

Denn — sagt derselbe — die judicatmäßige Verpflichtung

Digitized by Google

des Verklagten zum Baue der Gebäude, ist weder durch das extrahirte Executions-Mandat vom 15. Januar 1867, noch dadurch rechtlich beseitigt, oder in eine Verpflichtung anderer Art umgewandelt worden, daß die Kläger nach fruchtlosem Ablaufe der vierwöchentlichen Frist zur Wahl des Interesse geschritten sind; die fragliche Verpflichtung des Verklagten besteht vielmehr nach wie vor, und daraus folgt, daß die Kläger kein Recht haben, dem Verklagten die Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verpflichtung zu inhibiren, welche sie von ihm gefordert, und zu welcher der Verklagte judicatmäßig verurtheilt worden ist.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der von den Klägern, wegen der hierauf gegründeten Abweisung ihres Klageantrags, dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf der Verletzung des §. 9. der Verordnung vom 4. März 1834, über die Execution in Civil-Sachen, begründet ist, jedenfalls beschuldigen die Kläger den Appellations-Richter mit Recht, die Grundsätze von der res judicata verletzt zu haben. Denn der Appellations-Richter hat verkannt, daß durch das rechtskräftige Erkenntniß vom 5. September 1866 lediglich den Klägern ein Recht zugesprochen, dem Verklagten aber nur eine Verpflichtung auferlegt worden ist. Aus demselben konnte daher auch dem Verklagten nicht die Befugniß zustehen, wider den Willen der Kläger auf dem denselben gehörigen Gartenstücke die in dem gedachten Erkenntnisse bezeichneten Gebäude aufzuführen, und wenn auch die Kläger durch ihren Widerspruch den Verklagten an der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung hindern, ohne ihn von derselben zu entbinden, so könnten daraus dem Verklagten wohl Einwendungen gegen die Seitens der Kläger geltend zu machende Erfüllung des Urtels erwachsen, nicht aber ein Recht, den Klägern diese Erfüllung aufzudringen. Die Rich-

Digitized by Google

tigkeits-Beschwerde erscheint daher erheblich, ohne daß es noch auf den Widerspruch ankommt, welcher darin liegt, daß der Appellations-Richter den Verklagten zur Erfüllung der ihm judicatmäßig obliegenden Verpflichtung, durch Aufführung der betreffenden Gebäude, für berechtigt erachtet, dabei es aber dahin gestellt sein läßt, ob derselbe dadurch von seiner Verpflichtung befreit werde.

In der Sache selbst konnte es auch kein Bedenken haben, daß der Klageantrag begründet ist, und daß insbesondere auch die Gründe, aus welchen der erste Richter auf dessen Zurückweisung erkannt hat, nicht für geeignet zu erachten, zur Aufrechthaltung des Appellations-Erkenntnisses zu führen. Denn der von dem ersten Richter für gerechtfertigt erachtete Einwand des Verklagten: daß die Vornahme des Baues innerhalb der durch das Mandat vom 15. Januar 1867 gestellten Frist, und selbst bis zum 29. März 1867 wegen der Witterung unmöglich gewesen, würde nur in dem, wegen des von den Klägern geforderten Interesse schwebenden Processe, Würdigung finden können, muß aber hier nach dem oben Ausgeführten unerheblich erscheinen. Dasselbe gilt auch von der durch den ersten Richter gebilligten Einwendung des Verklagten, daß im April und noch im Anfange des Monats Mai zwischen den Parteien über die Nichtausführung des Baues, gegen Entschädigung der Kläger, verhandelt und der Bau mit Einwilligung der letzteren bis in den Mai verschoben worden und bedarf es daher nicht noch des Nachweises, daß aus den Aussagen der vernommenen Zeugen, wie der erste Richter selbst sie mittheilt, eine Einwilligung der Kläger in eine spätere Ausführung des Baus durch den Verklagten nicht hervorgeht. Die Berufung des Verklagten darauf aber, daß er schon im Februar 1867 Vorbereitungen für den Bau getroffen, sowie sein Einwand der Litispendenz

Digitized by Google

sind schon von dem ersten Richter mit Recht nicht berücksichtigt worden.

Hiernach war, unter Vernichtung des zweiten und Abänderung des ersten Erkenntnisses, der Verklagte dem Klageantrage gemäß zu verurtheilen.

№ 44.

Einstellung des Subhastations-Verfahrens gegen Militairpersonen der mobilen Truppen.

Findet die Verordnung vom 2. Juli 1866, betreffend die Einstellung des Civil-Proceß-Verfahrens gegen Militairpersonen, auf Subhastations-Processe Anwendung, wenn der Subhastat zu den mobilen, wenn auch nicht im Felde stehenden Truppen gehörte?

Verordnung vom 2. Juli 1866. (Ges. S. S. 375.)

Ein, dem Premier-Lieutenant a. D. E. gehöriges, auf 12040 Thlr. taxirtes Bauergut zu W. ist Schulden halber im November 1865 zur Subhastation gestellt und durch den Adjudications-Bescheid des Kreisgerichts zu Sprottau vom

Digitized by Google

20. Juli 1866 dem Kaufmann D., welcher im Licitations-Termine vom 18. Juli Meistbietender geblieben war, für 14,100 Thlr. zugeschlagen worden.

Hiergegen hat der dem Subhastaten E. auf dessen Antrag bestellte Official-Mandatar, Rechtsanwalt G., dem die Ausfertigung des Adjudications-Bescheides am 4. August insinuirt ist, am 7. desselben Monats die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt.

Schon bald nach Bekanntmachung der Verordnung vom 2. Juli 1866, betreffend die Einstellung des Civilproceßverfahrens gegen Militairpersonen, und vor Abhaltung des Licitations-Termins, erwog das subhastirende Gericht die Anwendbarkeit jener Verordnung auf den Subhastaten, verneinte sie aber,

weil er zu den Besatzungstruppen der vom Feinde nicht eingeschlossenen Festung Kosel gehöre.

Am 20. Juli ging bei dem Gerichte ein protocollarisches Gesuch des E. vom 19. ein, worin er, als Compagnieführer im ersten Niederschlesischen Landwehr-Regiment Nr. 6. und zur Zeit in Kosel in Garnison stehend, auf Grund der Verordnung vom 2. Juli dem Zuschlage widersprach und die Ansetzung eines neuen Bietungstermins beantragte.

Das Kreisgericht zu Sprottau ist hierauf nicht eingegangen. In seinen Gründen beschränkte es die Anwendbarkeit der gedachten Verordnung auf die im Felde stehenden mobilen Truppen und auf die Besatzungstruppen einer vom Feinde eingeschlossenen Festung. Der Subhastat, welcher bei den Besatzungstruppen der vom Feinde nicht eingeschlossenen Festung Kosel stehe, unterliege den Bestimmungen der Verordnung nicht. Sein Widerspruch gegen den Zuschlag sei deshalb nicht zu berücksichtigen.

Digitized by Google

Auf die hiergegen eingelegte Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 15. October 1866 das Zuschlags-Erkenntniß vernichtet und die Sache zur ersten Instanz zurückgewiesen.

Gründe.

Der Implorant rügt die Verletzung der §§. 1. 3. 11. 12. der Verordnung vom 2. Juli 1866 mit dem Antrage: den Adjudicationsbescheid zu vernichten und das Verfahren vorläufig einzustellen. Seine Beschwerde ist keine unbegründete.

Die Verordnung vom 2. Juli 1866, betreffend die Einstellung des Civilproceßverfahrens gegen Militairpersonen, hat zufolge des §. 16. mit dem 7. Juli rechtliche Wirksamkeit erlangt, nachdem das sie enthaltende Stück der Gesetzsammlung am 6. Juli in Berlin ausgegeben worden ist. Sie bestimmt im §. 1.:

> In allen Civilprocessen, in welchen eine bei den mobilen Truppen der Land- und Seemacht, oder bei den Besatzungstruppen einer vom Feinde eingeschlossenen Festung, in Kriegsdienste stehende ꝛc. Person als Kläger, Verklagter, Litisdenuntiat oder als Nebenintervenient betheiligt ist, soll das Rechtsverfahren eingestellt werden.

Hat die Militairperson einen Proceßbevollmächtigten oder sonstigen gesetzlichen Vertreter, so darf nach §. 3. die Einstellung des Verfahrens nur auf Antrag des Vertreters stattfinden. In Ermangelung eines solchen tritt die Einstellung kraft des Gesetzes ein, und zwar mit dem Tage der Gesetzeskraft der Verordnung, sofern aber die Bedingungen zur Anwendung des §. 1. sich erst später ergeben, mit dem Tage, an welchem dieselben zuerst erfüllt sind.

Der §. 11. enthält gewisse Modalitäten über die Ein-

Digitized by Google

leitung und Fortsetzung der Concurs-Liquidations-Prioritäts- und Aufgebotsprocesse, sowie, jedoch unbeschadet der Bestimmungen des §. 12., wegen der Subhastationsprocesse.

Endlich verordnet der §. 12.:

So lange das im §. 1. bezeichnete Verhältniß besteht, ist gegen die Militairperson die Execution aus einem vor oder nach der Gesetzeskraft dieser Verordnung erlassenen Erkenntnisse, oder Mandat, oder aus einem vor oder nach jenem Zeitpunkte abgeschlossenen Vergleiche nur mit folgenden Beschränkungen zulässig:

1. die Execution darf nicht erfolgen ꝛc. mittelst Verkaufes einer unbeweglichen Sache ꝛc.

Der §. 1. handelt seinem Wortlaute nach allgemein von den mobilen Truppen und nicht von den im Felde stehenden. Was daher von ihnen gilt, muß zur Anwendung kommen ohne Rücksicht, ob die mobilen Truppen im Felde stehen oder als zeitweise Besatzung einer Festung benutzt werden. Wenn der §. 1. gleichwohl die Besatzungstruppen einer vom Feinde eingeschlossenen Festung erwähnt, so sind hiermit nicht mobile Besatzungstruppen gemeint und der §. 1. kommt also denjenigen Personen zu statten, welche:

sei es bei mobilen, sei es bei nicht mobilen, aber in einer vom Feinde eingeschlossenen Festung befindlichen Truppen der Land- und Seemacht

Kriegsdienste leisten (cfr. die Motive der Verordnung, Justiz-Minist.-Blatt von 1866 S. 200.).

Der adjudicirende Richter irrt mithin, wenn er den §. 1. auf den Imploranten für unanwendbar erklärt hat, weil dieser bei den Besatzungstruppen der vom Feinde nicht eingeschlossenen Festung Kosel stand und zu den im Felde stehenden mobilen Truppen nicht gehörte. Er hätte unter-

Digitized by Google

suchen müssen, ob die Besatzungstruppen, zu denen der Implorant zählte, zu den mobilen zu rechnen waren. Dazu hatte er um so mehr Veranlassung, als der Implorant in seinem protocollarischen Gesuche vom 19. Juli 1866 bemerkt hat,

> daß das Regiment, dem er als Compagnieführer angehörte, in den allernächsten Tagen in Feindes-Land ausrücken werde.

Indem der Richter dies versäumte und als Folge seines Irrthums ohne Weiteres den §. 12. der Verordnung auf den Imploranten für unzutreffend erachtete, fehlte er rechtsgrundsätzlich. Denn mag anderen Vorschriften der Verordnung vom 2. Juli immerhin im Sinne der Nichtigkeitsgesetze nur ein processualischer Character beiwohnen, jedenfalls gehört der §. 12. dem materiellen Rechte an, in sofern er gegen eine Militairperson, die sich in einem im §. 1. bezeichneten Verhältnisse befindet, die Execution mittelst Verkaufes einer unbeweglichen Sache versagt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist sonach begründet.

Bei freier Beurtheilung kommt es nicht darauf an, ob — wie in der Nichtigkeitsbeschwerde behauptet ist — der Implorant mit dem Regiment am 19. oder 20. Juli aus Kosel nach Böhmen oder Mähren ausgerückt ist, sondern darauf, ob und wie lange er in der Zeit vom 7. bis 20. Juli 1866, an welchem Tage der Adjudicationsbescheid abgefaßt ist, nachdem am 18. Juli der Licitationstermin abgehalten worden war, bei einer mobilen Truppe der Königlichen Landmacht Kriegsdienste geleistet hat. Als notorisch kann dies nicht betrachtet werden, es ist vielmehr hierüber die schon in dem Gesuche vom 19. Juli beantragte amtliche Auskunft des betreffenden Regiments-Commandeurs zu erfordern und demnächst anderweit zu befinden, ob der Zuschlag zulässig oder

Digitized by Google

nicht, ob eventuell das Suhastations-Verfahren ganz einzustellen, oder mit Rücksicht auf die jetzt veränderte Sachlage — §§. 7. 14. 12. der Verordnung — ein neuer Licitations-Termin anzuberaumen ist?

№ 45.

Provocation auf rechtliches Gehör gegen einen Defecten-Beschluß.

Genügt es zur Innehaltung der im §. 16. der Verordnung vom 24. Januar 1844 vorgeschriebenen Frist, wenn ein zur Zuchthausstrafe Verurtheilter binnen dieser Frist, ohne Zustimmung seines Vormundes, gegen einen wider ihn, als früheren Cassenbeamten, erlassenen Defecten-Beschluß auf rechtliches Gehör sich beruft?

Verordnung über die Festsetzung und den Ersatz der bei Cassen und anderen Verwaltungen vorkommenden Defecte, vom 24. Januar 1844 (Ges.-S. S. 52.) §. 16.
Str. G. B. §. 11.

Dem früheren städtischen Kämmerei-Rendanten St., welcher wegen Betruges und Fälschung seiner Bücher im

Digitized by Google

Jahre 1859 zu einer vierjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt war, wurde ein Defecten-Beschluß der Königlichen Regierung zu Münster vom 23. März 1861, nach welchem er einen Defect von 826 Thl. 20 Sgr. an die Kämmerei-Casse zu H. erstatten sollte, am 5. April 1861 publicirt. Er erklärte, daß er den Weg Rechtens betrete und auf rechtliches Gehör gegen jenen Beschluß provocire. Seinem Vormunde wurde der Beschluß am 27. September 1861 publicirt, welcher keine Erklärung dagegen abgab. Nach Verbüßung seiner Strafe erhob der St. unterm 5. Mai 1865 Klage auf Zahlung jener ihm defectirten Summe nebst Zinsen gegen die Stadt H. Diese stellte demselben zunächst den Einwand entgegen, daß die Klage, wegen Verabsäumung der im §. 16. der Verordnung vom 24. Januar 1844 bestimmten Frist unstatthaft sei. Das Kreisgericht zu Coesfeld hielt diesen Einwand für begründet und wies deshalb den Kläger mit seiner Klage durch Urtel vom 22. Januar 1866 ab. Das Appellationsgericht zu Münster verwarf hingegen, auf die Appellation des Klägers, unterm 6. December 1866 jenen Entscheidungsgrund des ersten Richters und wies die Sache in die erste Instanz zurück.

Auf die Revision der Verklagten hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Urtel vom 18. October 1867 das Urtel erster Instanz wieder hergestellt.

Gründe.

Der Appellationsrichter hat den Entscheidungsgrund des Richters erster Instanz, daß die Provocation des Klägers auf rechtliches Gehör gegen den Defecten-Beschluß der Königlichen Regierung zu Münster vom 23. März 1861 nicht mehr zu berücksichtigen, verworfen, und die Sache zur ersten Instanz zurückverwiesen. Hiergegen hat die Verklagte die, dem Gegenstande nach statthafte, Revision ergriffen.

Digitized by Google

Die Beschwerde erscheint, nach der Lage der Sache, begründet.

Nach §. 16. der Verordnung vom 24. Januar 1844 steht dem zur Erstattung eines Defects für verpflichtet erklärten Beamten (§. 10.) gegen diesen Beschluß, sowohl hinsichtlich des Betrages, als hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit, außer dem Recurse an die vorgesetzte Behörde, die Berufung auf rechtliches Gehör zu. Von dieser Befugniß muß jedoch innerhalb Eines Jahres, vom Tage der dem Verpflichteten geschehenen Bekanntmachung des vollstreckbaren Beschlusses an, Gebrauch gemacht werden. Diese Frist ist ohne Zweifel als eine Präclusivfrist zu betrachten. Es soll dadurch die defectirende Cassenverwaltung gegen spätere Ansprüche, denen gegenüber nach Jahren die Vertheidigungsmittel sonst aufzubewahren wären, gesichert werden. Die Berufung auf rechtliches Gehör, welche an derselben Stelle auch als eingeschlagener Rechtsweg bezeichnet wird, setzt mindestens die Anmeldung der Klage gegen die betreffende Cassenverwaltung voraus, welche dann schon als solche, nach der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 14. Juli 1843 und dem demgemäß erlassenen Justiz-Ministerial-Rescripte vom 30. ej. (Justiz-Ministerial Blatt S. 204.) der Gegenpartei mitzutheilen wäre. Es fragt sich daher: ob die Erklärungen des jetzigen Klägers, welche er, als ihm der Regierungsbeschluß vom 23. März 1861 publicirt worden, also innerhalb der einjährigen Frist, abgegeben hat, den gesetzlichen Anforderungen genügten. Er hat allerdings, während er in der Strafanstalt seine vierjährige Zuchthausstrafe verbüßte und deshalb nach §. 11. des Str. G. B. unter Vormundschaft stand, nachdem ihm daselbst am 5. April 1861 der Regierungsbeschluß publicirt und er bedeutet wurde, daß ihm innerhalb eines Jahres die Berufung auf richterliches Gehör zustehe, erklärt, wie er von

Digitized by Google

der ihm zustehenden Berufung auf richterliches Gehör Gebrauch mache, und da er ohne Mittel sei, bitte, daß ihm ein Vertheidiger ex officio zugeordnet werde. Eben so hat er damals unterm 13. Juli 1861 vor dem, auf die Mittheilung der Strafanstalts-Direction vom Kreisgericht zu Münster zu seiner Vernehmung deputirten Referendar erklärt, daß er gegen jenen Beschluß, wodurch er zur Erstattung von 826 Thlr. 20 Sgr. aufgefordert sei, den Weg Rechtens betrete und hiermit auf richterliches Gehör provocire. Beide Erklärungen sind der Königlichen Regierung zur weiteren Veranlassung zugefertigt, welche die erste dem Kreisgerichte zu Coesfeld und die letztere der Kreisgerichts-Commission zu Haltern, zur weiteren Veranlassung zugefertigt hat, an welche letztere als forum domicilii des St. das Kreisgericht die Sache abgegeben hatte. Die Kreisgerichts-Commission erachtete jedoch die Publikation des Beschlusses an den St. nicht für genügend, da solcher zufolge §. 11. des Str. G. B. unter Vormundschaft gestellt sei, mithin die Publication an seinen Vormund ebenfalls erforderlich sei, und die Königliche Regierung übersandte ihm auch auf sein diesfälliges Schreiben unterm 1. Juli 1861 zu dem Ende eine Ausfertigung des fr. Beschlusses. In dem Termine vom 27. September 1861 wurde dann auch dem, durch Bestallung vom 21. April 1860 bereits angeordneten Vormund des St. dieser Beschluß durch Vorlesen mit dem Bemerken publicirt, daß nach §. 16. des Gesetzes vom 24. Januar 1844 binnen Jahresfrist von heute an der Recurs an das Ober-Präsidium oder die Berufung auf richterliches Gehör ihm hiergegen zustehe. Der Vormund beantragte zunächst ihm Abschrift des Defecten-Beschlusses zu ertheilen, welche ihm dann auch am 26. September 1861 zugefertigt worden ist, so daß hiermit die Publication des Beschlusses an ihn für genügend erfolgt, zu be-

Digitized by Google

trachten ist. Die Kreisgerichts-Commission beschränkte sich nun darauf: der Königlichen Regierung Abschrift dieses Publications-Protocolls zur Kenntnißnahme zu übersenden. Nach diesen, sämmtlich zu den Vormundschafts-Acten vorgenommenen und gelangten Verhandlungen, ist von dem Vormunde gar nichts weiter veranlaßt worden. Er hat weder selbst auf richterliches Gehör provocirt, noch die von dem Bevormundeten abgegebene Erklärung irgend genehmigt, noch weniger denn den Rechtsweg, als Vertreter des Verpflichteten, sei es auch nur durch Anmeldung der, gegen den fraglichen Beschluß, und zwar gegen die jetzt erst verklagte Stadt zu richtenden Klage, beschritten. Hierzu war aber der jetzige Kläger, der nach §. 11. des Str. G. B. während seiner Strafzeit — und also gerade während des Jahres, wo die Provocation mit rechtlichem Erfolg nur angebracht werden konnte — als zur Zuchthausstrafe Verurtheilter unfähig war, sein Vermögen zu verwalten und eben deshalb unter Vormundschaft gestellt war, rechtlich nicht befähigt und gewiß nicht allein fähig, den Rechtsweg gegen die Verklagte zu beschreiten. Denn dies war ohne Zweifel ein Gegenstand der Vermögensverwaltung. Der Vormund und vielleicht auch das vormundschaftliche Gericht mochte sich nach der Lage der Sache weder von dem Recurs, noch von dem Rechtswege irgend einen Erfolg versprechen und zur Vermeidung der Kosten davon Abstand nehmen.

Hätte der jetzige Kläger innerhalb des Jahres nach Publication des Beschlusses — wie doch nicht geschehen — Klage gegen die Stadt H. erhoben, so würde dieselbe berechtigt gewesen sein, ihm den Einwand, daß er als Zuchthaussträfling dazu nicht befugt sei, entgegen zu setzen. Beim Mangel des Zutritts des Vormundes würde daher selbst die Klage wegen mangelnder Legitimation des Klägers haben

Digitized by Google

zurückgewiesen werden müssen. Um so mehr muß gegenwärtig die Verklagte, die erst unterm 5. October 1865 durch Insinuation der Klage davon Kenntniß erhalten hat, daß Kläger den Rechtsweg zu beschreiten, die Wahl getroffen habe, dem Kläger den Einwand entgegen zu setzen berechtigt sein, daß der Rechtsweg innerhalb der präclusivischen einjährigen Frist in gültiger Weise nicht beschritten sei, und daß eben deshalb eine weitere Anfechtung des Regierungsbeschlusses unstatthaft sei.

Die Berufung des Appellations-Richters auf die Analogie der Vorschrift wegen der Unmündigen, wonach Willenserklärungen derselben in sofern gültig sind, als sie sich dadurch einen Vortheil erworben (Thl. I. Tit. 4. §. 21. A. L. R.) kann um so weniger auf die vorgeschriebene, aber gültig nicht erfolgte Beschreitung des Rechtsweges innerhalb der Präclusivfrist Anwendung finden, als damit auch Nachtheile und Lasten verbunden sein können. §. 22. l. c.

Auch das bezogene Urtel vom 30. Januar 1860 (Entscheid. Bd. 43. S. 386.) über die Wirkung einer von Minderjährigen eingelegten Appellation, kann hier schon deshalb nicht zum Präjudiz dienen, weil der Vormund, wie gezeigt, obwohl ihm die Gelegenheit dazu geboten und er als der eigentlich Berechtigte zur rechtzeitigen Eröffnung des Rechtsweges zu betrachten war, niemals seine Zustimmung zu den Erklärungen des jetzigen Klägers gegeben hat. Der Kläger selbst war aber auch nach Ablauf seiner Strafzeit und Wiedererlangung seiner Fähigkeit zur Verwaltung seines Vermögens, nicht im Stande, seine damaligen Erklärungen mit rechtlichem Erfolge zu ratihabiren und dadurch denselben rechtliche Wirkung zu verleihen, da eben jene Erklärungen an und für sich ohne Zustimmung des Vormundes, nicht dazu angethan

Digitized by Google

waren, den Rechtsweg binnen der einjährigen Frist zu eröffnen und die deshalb eingetretene Präclusion durch den Rückgriff des Klägers auf jene wirkungslosen Erklärungen, der verklagten Stadt gegenüber, nicht wieder aufgehoben werden konnte.

Hiernach war das erste Erkenntniß wieder herzustellen.

№ 46.

Neuer Einwand in der Appellations-Instanz.

Ist der Verklagte befugt, auf Grund von Thatsachen, welche rechtzeitig in erster Instanz angeführt worden sind, noch in zweiter Instanz, nach erfolgter Erörterung der Sache, einen bis dahin nicht vorgebrachten Rechtseinwand zu erheben, oder ist ein solcher Einwand als verspätet zu behandeln?

Instruction vom 24. Juli 1833 §§. 29. und 45.
Verordnung vom 21. Juli 1846 §§. 7. und 8.

Kläger M., Eigenthümer eines Grundstücks in W., nahm den Verklagten Sch. als angeblichen Besitzer des benachbarten Grundstücks mit dem Antrage in Anspruch:

Den Verklagten für schuldig zu erachten, einen früher

Digitized by Google

zwischen beiden Grundstücken befindlich gewesenen Zaun wiederherzustellen und in Zukunft zu unterhalten.

Nach erfolgter Beweisaufnahme erkannte die Kreisgerichts-Deputation zu Unna am 15. Juni 1866 dem Klageantrage gemäß.

Der Verklagte war inzwischen mit Tode abgegangen. Seine Wittwe, welche sich als dessen Rechtsnachfolgerin legitimirte, legte in dieser Eigenschaft die Appellation ein. Im zweiten Audienztermine erhob sie den Einwand, daß ihr Ehemann passiv zur Sache nicht legitimirt gewesen sei, sondern ihr, der Ehefrau, das Grundstück, dessen Besitzer die Verbindlichkeit zur Unterhaltung des Zauns obliegen sollte, allein gehört habe und noch jetzt gehöre. Kläger replicirte, der Einwand müsse, als zu spät angebracht, verworfen werden. Das Appellations-Gericht zu Hamm erkannte jedoch am 3. Juni 1867 unter Abänderung der ersten Entscheidung, auf Grund der vorgebrachten Einrede auf Abweisung des Klägers, wegen mangelnder Passivlegitimation des Verklagten.

Nunmehr legte Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde ein. Er beschuldigte den zweiten Richter, durch Nichtbeachtung der §§. 29. und 45. der Instruction vom 24. Juli 1833 im Sinne des §. 5. Nr. 3. der Verordnung vom 14. December 1833 verstoßen zu haben.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals verwarf jedoch diesen Angriff, indem er sich in den

Gründen

seiner Entscheidung vom 30. Januar 1868 dahin aussprach:

Nach Inhalt der Sachlage hat

a. Verklagter bereits in erster Instanz diejenigen Thatsachen, welche die Passivlegitimation desselben als unbegründet darstellen sollen, vorgetragen, jedoch ohne daran den Antrag zu knüpfen, den Kläger wegen mangelnder Passivlegitimation abzuweisen;

Digitized by Google

b. Dieser Antrag ist erst in zweiter Instanz gemacht, und es ist, jedoch ohne Widerspruch des Klägers, nach beschlossenem Beweis-Resolut der Beweis aus nicht bezogenen Acten erhoben worden.

In rechtlicher Hinsicht beschwert sich Implorant über die Verletzung der §§. 29. und 45. der Instruction vom 24. Juli 1833.

Im §. 29. ist für die erste Instanz verordnet:

daß die Grenzen, innerhalb deren der Rechtsstreit sich bewegt, durch die Klage und deren Beantwortung bestimmt werden, ferner, daß der Verklagte Alles, was er gegen den Anspruch einzuwenden hat, bei der Beantwortung der Klage anbringen soll; später darf der Verklagte in dieser Instanz keine neue, auf Thatsachen beruhende Einreden vorbringen.

Es ist jedoch hierbei zu bemerken, daß die §§. 7. und 8. der Verordnung vom 21. Juli 1846 noch eine weitere Sachererörterung durch Replik und Duplik zulassen, und daß der § 8. verordnet:

daß nach der Duplik fernere, auf Thatsachen beruhende Entgegnungen im Laufe der ersten Instanz nicht mehr angebracht werden können.

Der §. 45. der Instruction vom 24. Juli 1833 beziehet sich auf die zweite Instanz. In derselben sollen, wie in erster Instanz durch die Klage und deren Beantwortung, die Grenzen des Rechtsstreites durch die Appellations-Rechtfertigung und deren Beantwortung bestimmt werden. Auch der Appellat darf nach Ablauf der Frist zur Appellations-Beantwortung neue Thatsachen zur Widerlegung der Appellations-Rechtfertigung nicht mehr anführen.

Tritt man nun auch der Ansicht des Imploranten darin bei, daß die Frist zur Einreichung der Appellations-Beantwortung einen gesetzlichen Präclusiv-Termin enthält, so fragt

Digitized by Google

sich dennoch, ob nicht noch im Audienztermine zweiter Instanz auf Grund der bereits in erster Instanz vorgetragenen Thatsachen neue Rechtseinwendungen vorgebracht werden können (über welche, wenn sie nicht bloß das Klagefundament negiren, sondern dasselbe selbstständig aufheben, der Gegentheil gehört werden muß)? confr. Plenarbeschluß vom 14. März 1842, Samml. I. S. 233., Entscheid. Bd. 7. S. 308. Der §. 29. verbietet die Vorbringung neuer, auf Thatsachen beruhender Einreden, nach Abschluß der Instruction in erster Instanz, der §. 15. aber in zweiter Instanz nur die Anführung neuer Thatsachen. Es muß hiernach für zulässig erachtet werden, auf Grund rechtzeitig vorgebrachter Thatsachen auch noch in zweiter Instanz nach Abschluß der Instruction rechtliche Einwendungen zur Geltung zu bringen, welche bis dahin ausdrücklich nicht aus- oder angeführt sind. Im vorliegenden Falle kann hierüber um so weniger Zweifel sein, als Verklagter bereits in der Duplik seine eigenen Erklärungen in diesem Processe für nicht präjudicirlich erachtet, weil nicht er Besitzer des dienenden Grundstücks sei, sondern seine Ehefrau, in welcher Auslassung der demnächst aufgestellte Einwand der dem Verklagten mangelnden Passivlegitimation bereits enthalten ist.

Hiernach ist der erste Angriff des Imploranten nicht gerechtfertigt.

Digitized by Google

№ 47.

Frist zur Einlegung der Revision.

Steht dem Vormunde eines Zuchthaussträflings zur Einlegung der Revision die zwölfwöchentliche Frist in Gemäßheit des Art. 13. der Declaration vom 6. April 1839 zu?

Straf-Ges.-Buch §. 11.

Die obige Frage kam in der Proceßsache des Holzhändlers F. G. Kr., vertreten durch seinen Vormund, Kaufmann Sp., Verklagten und Revidenten, wider den früheren Ortsschulzen A. G. K., Kläger und Revisen zur Sprache. Der Kläger bestritt die Zulässigkeit der erst nach Ablauf des sechswöchentlichen Fatale angemeldeten Revision. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat die Frage in der Sitzung vom 11. November 1867 bejaht.

Gründe.

Zufolge des §. 11. des Str. G. B. sind die zu Zuchthausstrafe Verurtheilten während der Strafzeit unfähig, ihr Vermögen zu verwalten und unter Lebenden darüber zu verfügen. Sie sollen nach den Formen, die zur Ernennung der Vormünder vorgeschrieben sind, unter Vormundschaft gestellt werden. Demgemäß ist, wie die nachträglich erforderte Bestallung ergiebt, der Kaufmann Sp. am 13. September

Digitized by Google

1865. dem zu dreijähriger Zuchthausstrafe verurtheilten Verklagten zum Vormunde gesetzt. In dieser Eigenschaft kam ihm die zwölfwöchentliche Revisionsfrist zu Statten, auf welche nach Art. 13. der Declaration vom 6. April 1839 die unter Vormundschaft stehenden Personen, mithin die Vormünder solcher Personen, Ansprüche haben.

Es mag sein, daß die Einleitung der Vormundschaft eines Zuchthaussträflings wesentlich die Vermögensverwaltung zum Zwecke und Gegenstande hat, woraus man folgert, daß die Bevormundung in Ermangelung von Vermögen unterbleiben darf. (Justiz-Minist-Blatt für 1852. S. 324.) — Es kann auch zugegeben werden, daß ein solcher Vormund zur Vertretung der ganzen Persönlichkeit des Zuchthaussträflings und insbesondere zur alleinigen Vertretung desselben in einem Ehescheidungsprocesse nicht befugt sei, wie in dem Präjudiz vom 9. Mai 1864 angenommen ist. Gleichwohl kann er einem Nachlaß-Curator nicht gleichgestellt werden, welchem durch das Präjudiz vom 1. August 1845 Nr. 1599 (Samml. Bd. I. S. 425.) die zwölfwöchentliche Frist zur Anbringung eines Rechtsmittels versagt ist. Die Rechtswohlthat im Art. 13. der Declaration vom 6. April 1839 ist zu Gunsten der unter Vormundschaft stehenden Personen bestimmt. In diese Katogorie gehört freilich ein Nachlaß nicht, für welchen in Gemäßheit der §§. 471. ff. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. ein Curator ernannt ist. Wohl aber gehören schon dem Wortsinne zufolge die Zuchthaussträflinge dahin, über welche auf Grund des §. 11. des Str. G. B. eine Vormundschaft eingeleitet worden ist. Diese ist gewissermaßen eine Vormundschaft über einen Abwesenden. — §§. 22. 19. ff. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R. — Sie wird selbst gegen den Willen des Sträflings angeordnet, der — was z. B. Verträge betrifft — einem Unmündigen und

Digitized by Google

Minderjährigen gleichsteht — und dem das Gesetz, wenn es ihn unter Vormundschaft gestellt wissen will, rationell auch die Privilegien der Bevormundeten in Führung ihrer Processe zu Theil werden lassen mußte.

Das Rechtsmittel der Revision ist hiernach zeitig angebracht und kann nicht nach dem Antrage des Klägers für nicht devolvirt erachtet werden.

№ 48.

Anfechtungs-Klage.

Findet die Anfechtungs-Klage aus dem §. 5. Nr. 2. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 gegen die Erklärung, beziehentlich Disposition eines überschuldeten, nach der revidirten Willkühr der Stadt Burg, vom 3. Februar 1698, als Erben seines verstorbenen Gatten berufenen Ehegatten statt, welcher entweder der Erbschaft rechtszeitig entsagt, oder das ihm als Beneficialerben zustehende Wahlrecht dergestellt ausgeübt hat, daß er dem ihm bereits angefallenen Rechte, den Nachlaß des Verstorbenen mit dessen sonstigen Erben zu theilen, zu Gunsten dieser Miterben wieder entsagte oder seinen Erbantheil ihnen überließ?

Digitized by Google

Gesetz vom 9. Mai 1855 §. 5. Nr. 2. (Ges. S. S. 429.)
Revidirte Willkühr der Stadt Burg vom 3. Februar 1698
(v. Kamptz Jahrb. Bd. 49. S. 406 416.)

Bei Vertheilung der Kaufgelder der, schuldenhalber in nothwendiger Subhastation verkauften Nachlaßgrundstücke der am 9. April 1863 zu Burg verstorbenen Ehefrau des dortigen Ackerbürgers J. A. G. W. verblieben laut Kaufgelderbelegungs-Verhandlung vom 12. Januar 1865 nach Befriedigung der sämmtlichen definitiv eingetragenen Hypothekengläubiger noch 1457 Thlr. 8 Sgr. 4 Pf., welche den Erben der gedachten Erblasserin zustanden, und die anwesenden Interessenten waren darüber einverstanden, daß die Hälfte dieses Betrages mit 728 Thlr. 19 Sgr. 2 Pf. als unbestrittenes Muttererbe der sechs minorennen Geschwister W. für sie zu einer Curatelmasse ad depositum genommen wurde. Die andere Hälfte aber wurde streitig und es ward damit eine besondere Streitmasse angelegt, indem der Curator jener Kinder K. sie ebenfalls als Muttererbtheil seiner Curanden beanspruchte, da der Wittwer der Erbschaft in den Nachlaß entsagt hatte, während seine Gläubiger diese Entsagung für unwirksam erachteten und ihre Befriedigung aus dieser Hälfte nachsuchten. Von diesen Gläubigern haben nun vierzehn wegen ihrer bereits vorher und bis 11. Februar 1865 rechtskräftig erstrittenen Forderungen zum Gesammtbetrage von 712 Thlr. 1 Sgr. 5 Pf. ihre Ansprüche auf die Masse durch Klage vom $\frac{30.\ \text{März}}{6.\ \text{April}}$ 1865 geltend gemacht und zwei andere, Dienstknechte W. und H., wegen ihrer Forderungen von zusammen 73 Thlr. 27 Sgr. 9 Pf. die Unwirksamkeit jener Entsagung für sich bereits rechtskräftig erstritten und daher ebenfalls diese Masse beansprucht.

Digitized by Google

Jene vierzehn Gläubiger nun haben die Erbschaftsentsagung um deshalb als unwirksam angefochten:

a. weil, während die Erblasserin bereits am 9. April 1863 verstorben, der Wittwer erst in einer Eingabe vom 2. December und in der gerichtlichen Verhandlung vom 24. December 1863, und also lange nach Ablauf der Ueberlegungsfrist, der Erbschaft entsagt habe;

b. weil die Entsagung nach §. 5. Nr. 2. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 und §. 102. Nr. 2. der Concurs-Ordnung, als in fraudem creditorum zu Gunsten seiner Kinder geschehen, ungültig sei, wobei sie unter Beweis stellten, daß der Schuldner excussus, mehrere Arreste gegen ihn ausgebracht, ihre Forderungen auch sämmtlich, mit Ausnahme der vom Mitkläger R. am 30. Mai 1864 erstrittenen von 25 Thlr. 20 Sgr., vor der Entsagung entstanden, und seit der letzteren noch nicht zwei Jahre verflossen seien, und beantragten daher: die Entsagung ihnen gegenüber für unverbindlich zu erklären und die Verklagten zu verurtheilen, in die Auszahlung der Streitmasse an sie Behufs ihrer Befriedigung zu willigen.

Die Verklagten widersprachen dem Antrage, sie hielten die Entsagung weder überhaupt für verspätet, noch nach Burg'schem Localrecht, wegen Verspätung auch sonst anfechtbar. Sie behaupteten eventuell, daß Kläger besten Falls nur in die Stelle des Wittwers bei der Nachlaßtheilung würden eintreten können, wobei der Taxwerth der Nachlaßgegenstände zum Grunde gelegt werden müsse, und berechneten danach, daß dem Wittwer, unter Einrechnung des Taxwerthes an sich genommener Nachlaßmobilien, äußersten Falls noch 531 Thlr. 5 Sgr. 9 Pf. gebühren würden.

Damit verband der Curator eine Widerklage, indem er

Digitized by Google

berechnete, daß von der Streitmasse der 728 Thlr. 19 Sgr. 2 Pf., nach Befriedigung der oben erwähnten Dienstknechte W. und H. noch 654. Thlr. 21. Sgr. 5. Pf. verbleiben würden, und beantragte daher, die Gegner zu verurtheilen, die Auszahlung dieser Summe an seine Curanden geschehen zu lassen.

Das Kreisgericht zu Burg erkannte unterm 10. October 1865 in conventione auf Abweisung der Kläger, in reconventione auf Verurtheilung derselben zur Bewilligung der Auszahlung der 654 Thlr. 21. Sgr. 5. Pf. an die betreffenden Widerkläger, sowie auf Auszahlung der 73 Thlr. 27 Sgr. 9 Pf. an die Dienstknechte W. und H., indem der Richter ausführte, daß das nach der Burg'schen Willkühr vom 3. Februar 1698 dem überlebenden Ehegatten ganz wie in der Mark zustehende Wahlrecht, die Hälfte des beiderseitigen Vermögens zu nehmen oder aber sein eigenes zugebrachtes Vermögen zurück zu fordern, nicht an die landrechtliche Ueberlegungsfrist gebunden sei, daß die hiernach nicht verspätete Entsagung aber auch nicht nach §. 5. Nr. 2. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 anfechtbar sei, weil in derselben nicht eine alienatio Seitens des entsagenden Ehegatten, sondern nur ein nolle acquirere zu finden sei, auf welches die actio pauliana des römischen Rechts, welcher die Anfechtungsklage nachgebildet sei, nach fr. 6. §. 2. D. Quae in fraudem credit. (42., 8.) keine Anwendung finde, wobei der Richter sich auf die diesseitige Entscheidung vom 10. Februar und 10. April 1834 (Rechtssprüche Bd. 4. S. 35. 56.) und Scholz Märkisches Provinzialrecht II Aufl. berief.

Auf die von acht der Kläger wegen ihrer Gesammtforderungen von 487 Thlr. 29 Sgr. 3 Pf. hiergegen eingelegte Appellation, erkannte der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Magdeburg unterm 27. März 1866 abändernd,

Digitized by Google

daß die vom mitverklagten W. erklärte Erbschaftsentsagung, den Klägern gegenüber, für rechtlich unwirksam zu erachten und demgemäß:

1) in conventione Verklagte schuldig, die dem Betrage nach noch näher zu ermittelnde Hälfte des, bei seiner verstorbenen Ehefrau Tode vorhandenen gesammten Gutes der beiden W.'schen Eheleute, den Klägern zu ihrer Befriedigung, wegen der klagbar gemachten Forderung zu überlassen, die verklagten Kinder jedoch nur, soweit nicht der mitverklagte W. jene Hälfte durch Vorwegentnahme des Mobiliars bereits in Besitz genommen, und sämmtliche Verklagte nur, soweit darüber nicht bereits im vorigen Urtel zur Tilgung rechtskräftig erstrittener Forderungen disponirt ist;
2) in reconventione Widerkläger mit dem Anspruche auf Auszahlung des in Beschlag genommenen Theiles der Kaufgeldermasse abzuweisen.

Auf die von den Verklagten und Widerklägern hiergegen eingelegte Revision hat der dritte Senat des Ober-Tribunals unterm 22. Februar 1867 das zweite Urtel im Wesentlichen bestätigt und nur in reconventione das zweite Urtel in soweit abgeändert, daß den Widerklägern von der in Beschlag genommenen Masse der Ueberschuß zugesprochen wurde, um welchen dieselbe den Gesammtbetrag der in die Appellations-Instanz gediehenen klägerischen Forderung überstieg, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Reconventions-Antrag steht und fällt mit der Zurückweisung der Klage, resp. der desfallsigen Verurtheilung der Verklagten. In der Klage aber wird die Erbschaftsentsagung des Wittwers W. als rechtlich unwirksam, theils weil verspätet, theils mit der Anfechtungsklage des §. 5. Nr. 2. des

Digitized by Google

Gesetzes vom 9. Mai 1855, angefochten und auf Grund dessen die Streitmasse der 728 Thlr. 19 Sgr. 2 Pf., welche unstreitig zum größeren Theile den Erbantheil des Wittwers W. bilden würde, von seinen Gläubigern beansprucht.

Indessen kann die allerdings nur unter Beachtung der localrechtlichen, das Erbrecht der Ehegatten betreffenden Vorschriften der revidirten Willkühr der Stadt Burg vom 3. Februar 1698 §§. 56. 57. zu erörternde Frage:

ob W. der Erbschaft in den Nachlaß seiner verstorbenen Ehefrau rechtzeitig entsagt hat,

oder

ob derselbe nach erworbener Erbschaft das als Beneficialerben ihm zustehende Wahlrecht dergestalt ausüben konnte, daß er dem Rechte, den Nachlaß der Verstorbenen mit deren sonstigen Erben zu theilen, zu Gunsten dieser Miterben wiederum entsagen, oder seinen Erbantheil ihnen überlassen konnte?

hier ganz auf sich beruhen. Denn in beiden Fällen bleibt die Frage offen, ob diese Disposition nach §. 5. Nr. 2. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 als ungültig angefochten werden kann, ob dieselbe also, falls die übrigen Desiderate des gedachten Gesetzes vorliegen, eine freigebige Verfügung des Schuldners involvirt; und diese ganz außerhalb des Bereichs der gedachten localerbrechtlichen Vorschrift liegende, lediglich nach dem Gesetze vom 9. Mai 1855 zu beurtheilende Frage ist zu bejahen. Auf welche Voraussetzungen die actio Pauliana des heutigen gemeinen Rechts beschränkt ist, — (cfr. v. Wening — Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 5. Aufl. Bd. 3. S. 500. §. 560., v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten Bd. 3. S. 654.) — und welche Erweiterung diese Klage zunächst durch die landrechtlichen Vorschriften über die Widerruflichkeit von Schenkungen durch

Digitized by Google

die Concursgläubiger, sowie durch die Vorschriften der §§. 34. ff. Tit. 50. Thl. I. der A. G. O. und das Gesetz vom 26. April 1835 erfahren hat, da gegenwärtig, — abgesehen von dem Falle eines eröffneten Concurses und den desfallsigen Vorschriften der §§. 398. Tit. 16. 1129—1133. Tit. 9. Thl. I., §. 312. und Anh. §. 74. Tit. 1. Thl. II. A. L. R., §§. 99. ff. der Concurs-Ordnung — der §. 5. Nr. 2. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 die auf Ungültigkeit gerichtete Anfechtungsklage zuläßt für freigebige Verfügungen eines vermögensunzulänglichen Schuldners, insbesondere Schenkungen, Erbes- oder Vermächtniß-Entsagungen, ja selbst Verfügungen, welche zwar unter einem lästigen Titel vorgenommen, aber wegen des zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung obwaltenden erheblichen Mißverhältnisses als freigebige Verfügungen des Schuldners zu erachten sind, wenn sie innerhalb zweier Jahre, vom Tage der Anbringung der Anfechtungsklage zurückgerechnet, vorgenommen sind.

Muß man also auch zugeben, daß die aus der erwähnten „Willkühr der Stadt Burg" sich ergebende Nothwendigkeit, das eigene Vermögen des erbenden Ehegatten den Miterben mit zur Theilung zu bringen, immer eine Gegenverpflichtung desselben in sich schließt, die unter Umständen mit dem Begriff eines Actes reiner Freigebigkeit nicht wohl vereinbar erscheinen könnte, so liegt doch ein solcher Act unzweifelhaft dann vor, wenn der überlebende Ehegatte gar kein zugefreites Vermögen einzuwerfen hat, und andererseits läßt der §. 5. Nr. 2. des Anfechtungsgesetzes die Anfechtung schon alsdann zu, wenn wegen des zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung obwaltenden Mißverhältnisse die Verfügung des Schuldners als eine freigebige zu erachten ist.

In dieser Beziehung sind aber die Ausführungen der

Digitized by Google

Verklagten den Behauptungen der Kläger entgegengekommen. Nach diesen Behauptungen ist der mitverklagte Wittwer seit Jahren excussus, seine Ehefrau hat es abgelehnt, Zahlungen für ihn zu leisten, und er hat bereits durch Vertrag vom Jahre 1852 dem Nießbrauche und der Verwaltung des Vermögens seiner Ehefrau entsagt; dies haben Verklagte theils ausdrücklich zugegeben, theils unbestritten gelassen. Ja sie haben zum Erweise, daß der Wittwer schon im Juni 1863 der Erbschaft entsagt habe, sich auf eine Blatt 202. der Grundacten befindliche Eingabe desselben vom 26. Juni 1863 berufen, worin er selbst angiebt, daß alles vorhandene Vermögen seiner Ehefrau allein gehöre und er nichts besitze.

Endlich haben Verklagte, auf die eventuelle Behauptung der Kläger, daß der Wittwer 975 Thlr. zugefreit und dies in das Vermögen seiner Frau verwandt habe, unter Beweis gestellt und notarielle Urkunde darüber vorgelegt, daß der Wittwer wegen desjenigen, was er in seiner Frau Vermögen verwandt, längst befriedigt sei.

Hält man hierzu fest, daß die Streitmasse der 728 Thlr. 19 Sgr. 2 Pf. allerdings nach Abzug des Taxwerths der zum Betrage von 126 Thlr. 8 Sgr. 6 Pf. vom Wittwer vorweg genommenen Mobilien, dem Wittwer als Erbtheil zufallen würde, so unterliegt der freigebige Charakter der angefochtenen Verfügung keinem Zweifel; die sonstige Vermögensunzulänglichkeit desselben (cfr. §. 3. letztes Alinea des Gesetzes vom 9. Mai 1855) steht fest, die Klage ist innerhalb zweier Jahre nach der Entsagung angestellt und die Bedingungen des Anfechtungsgesetzes liegen also vor.

Eine verschuldete Versäumniß der Kläger in der Betreibung der Execution ist nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen worden. Auch haben die Gläubiger die Execution gehörig betrieben, die Forderungen des M. H. Ha. S. der

Digitized by Google

Salariencaſſe ſind aber im Wege des Arreſtes auf die Grundſtücke eingetragen. Daß der Kläger T. auf die Forderung des angeblich zugefreiten Vermögens des Wittwers angewieſen iſt, konnte ſeinen Beitritt zur vorliegenden Klage nicht hindern, zumal der gänzliche Mangel ſolchen Vermögens feſtgeſtellt iſt.

Mit Recht hat daher der Appellations-Richter den Anſpruch an ſich für gerechtfertigt erachtet.

Die übrigen Gründe intereſſiren für die vorliegende Frage nicht.

№ 49.

Das Vorzugsrecht der Pflegebefohlenen im Concurſe ihres Vormundes.

Steht dieſes Vorzugsrecht den Pflegebefohlenen auch in dem Concurſe ihres vom Vater durch Teſtament ernannten und von der obervormundſchaftlichen Aufſicht befreiten Vormundes zu?

Concursordnung vom 8. Mai 1855. §. 80.

Der im Jahre 1854 verſtorbene Schneidermeiſter H. in Berlin hat in ſeinem Teſtamente ſeine drei minderjährigen Kinder zu Erben eingeſetzt, und zum unbeſchränkten Vormunde derſelben, ſowie zum Executor ſeines Teſtaments und Ver-

Digitized by Google

walter seines Nachlasses unter Befreiung von aller obervormundschaftlichen Aufsicht, den Agenten und Registrator der jüdischen Gemeinde B. bestellt. Letzterer hat diese testamentarischen Functionen übernommen und bis zu seinem im Jahre 1864 erfolgten Tode ausgeübt, demzufolge auch das hinterlassene H.'sche Vermögen in Besitz und Verwaltung genommen. Ueber seinen Nachlaß ist der Concurs eröffnet und haben zu diesem die H.'schen Kinder aus jener Vermögensverwaltung Ansprüche im Gesammtbetrage von 22582 Thlr. 5 Sgr. 2 Pf. angemeldet, welche jedoch von dem Concurs-Verwalter nur in Höhe von 1892 Thlr. 10 Sgr. 8 Pf. anerkannt und festgestellt sind. Das dafür auf Grund des §. 80. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 in Anspruch genommene Vorzugsrecht hat aber der Concurs-Verwalter bestritten, weil der Vormund B. nicht gesetzlich, sondern testamentarisch die Vermögensverwaltung überkommen gehabt. Die H.'schen Kinder haben deshalb gegen den Concurs-Verwalter Klage mit dem Antrage erhoben, ihnen wegen der anerkannten Forderung von 1892 Thlr. 10 Sgr. 8 Pf. das Vorrecht aus dem §. 80. der Concurs-Ordnung zuzusprechen.

Der Concurs-Verwalter ist bei seinem Widerspruche verblieben, und hat auch das Stadtgericht zu Berlin am 1. October 1866 auf Abweisung der Kläger erkannt, indem dabei angenommen worden, daß den Klägern das fragliche Vorrecht nicht zustehe, weil der B. die Vermögensverwaltung auf Grund testamentarischer Anordnung und also nicht gesetzlich überkommen gehabt habe.

Auf die hiergegen von den Klägern ergriffene Appellation hat jedoch der Civil-Senat des Kammergerichts am 3. Juni 1867 dahin abändernd erkannt, daß der in dem B.'schen Concurse unter Nr. 8. der tabellarischen Nachweisung einge-

Digitized by Google

tragenen, auf 1892 Thlr. 10 Sgr. 8 Pf. festgesetzten Forderung der Kläger das Vorzugsrecht aus §. 80. der Concurs-Ordnung zuzusprechen. Diese Entscheidung ist in folgender Weise motivirt:

Aus dem §. 80. cit., für dessen Interpretation nicht auf die durch denselben abgeänderten §. 295. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R. und §. 421. Tit. 50. Thl. I. der A. G. O. zurückzugreifen sei, ergebe sich, daß, während nach diesen letzteren Bestimmungen den Pflegebefohlenen wegen ihrer Ansprüche aus der Vermögensverwaltung ein Vorzugsrecht nicht bloß in dem Concurse ihrer wirklichen Vormünder, sondern auch im Concurse derjenigen, welche sich als angebliche Vormünder dre Vermögensverwaltung angemaaßt gehabt, zugestanden, dieses Vorzugsrecht denselben nur noch im Concurse ihrer wirklichen Vormünder zustehe. Ein Unterschied, auf welchen es jedoch vorliegend nicht ankomme, da der Cridar unstreitig der wirkliche Vormund der Kläger gewesen. Bei der Auslegung des §. 80. cit. frage es sich wesentlich, welche Bedeutung dem darin gebrauchten Ausdrucke: „gesetzlich" beizumessen sei? Die vom ersten Richter demselben beigelegte Bedeutung, daß nämlich das fragliche Vorzugsrecht nur dann Platz greife, wenn der Cridar als Vormund die Vermögensverwaltung lediglich auf Grund einer gesetzlichen Anordnung, nicht aber auch dann, wenn er dieselbe auf Grund einer ihn zum Vormunde ernennenden und ihn zugleich von den sonstigen gesetzlichen Beschränkungen der vormundschaftlichen Verwaltung befreienden testamentarischen Anordnung überkommen habe, erscheine als eine nicht gerechtfertigte. Schon an sich lasse sich bei einer logischen Interpretation nicht annehmen, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, den Pflegebefohlenen eines durch Testament ernannten Vormundes den durch das fragliche Vorrecht gewährten Schutz zu

Digitized by Google

entziehen, da es für eine solche Annahme an einem rationellen Grunde fehle. Die Preußische Gesetzgebung mache aber auch, abweichend von gemeinen Rechte, in dem Wesen der Vormundschaft und der daraus originirenden Rechtsverhältnisse des Vormundes und der Pflegebefohlenen und in der durch dieselbe gesetzlich, nämlich vermöge und in Gemäßheit der Gesetze begründeten vormundschaftlichen Verwaltung des Vermögens der Bevormundeten principiell und in Ansehung ihres rechtlichen Grundes keine Unterscheidung zwischen einer Vormundschaft, bei welcher der Vormund durch das Gesetz, oder durch bloße Wahl des Richters, und einer solchen, bei welcher er durch testamentarische Ernennung, sei es ohne oder zugleich mit Befreiung von den im §. 681. Tit. 18 Thl. II. des A. L. R. gedachten Beschränkungen seiner vormundschaftlichen Verwaltung berufen sei. Die Vormundschaft sei, nach Preußischem Rechte, in allen Fällen eine durch das Gesetz angeordnete Aufsicht und Obsorge des Staates für solche Personen, welche für sich selbst zu sorgen nicht im Stande seien, wie namentlich Unmündige und Minderjährige §§. 1. und 6. a. a. O. Für diese Personen sei vom Staate ein Vormund zu bestellen, §. 7. Der Vormund sei daher in seinen Functionen ein Organ des Staates, durch welches dieser jene Aufsicht und Fürsorge, unter seiner durch die verordnete Vormundschaftsbehörde ausgeübten Oberaufsicht, vermöge und in Gemäßheit der Gesetze, bewirken lasse. Die Auswahl und Bestellung des Vormundes stehe demgemäß nach den desfallsigen gesetzlichen Bestimmungen (§§. 159. ff) dem Vormundschaftsgerichte zu; und wenn dasselbe dabei auch vorzugsweise auf die Personen Rücksicht nehmen müsse, welche der Vater der Pflegebefohlenen zu Vormündern ernannt habe (§. 172. ff.), so bedürfe doch ein jeder Vormund, auch der testamentarisch ernannte, der Bestätigung und Bestellung durch

Digitized by Google

den Vormundschaftsrichter (§ 220. ff.). Nur erst durch diese Bestellung erhalte der Vormund das Recht und die Pflicht zur Ausübung seines Amtes. Nur erst durch dieselbe überkomme ein jeder Vormund, in Gemäßheit der §§. 231. ff. und §§. 351. ff., die Obsorge für die Person und das Vermögen der Pflegebefohlenen, insbesondere auch die Verwaltung des letzteren, wobei er indessen in allen Fällen einer Oberaufsicht des Vormundschaftsgerichts, namentlich, der Regel nach, den in den §§. 422. bis 678. angegebenen Einschränkungen seiner vormundschaftlichen Verwaltung unterworfen sei. Der hiernach gesetzlich verordneten Obsorge des Staates könnten die Pflegebefohlenen auch durch keine Willenserklärungen oder Verfügungen ganz entzogen werden, §. 679.

Nur eine Befreiung des von ihm ernannten Vormundes von den speciell in den §§. 422. bis 678. vorgeschriebenen Einschränkungen der vormundschaftlichen Administration könne, nach §. 681. ff., der Erblasser und namentlich der Vater der Pflegebefohlenen wirksam anordnen. Wogegen ein solcher befreiter Vormund, um seine Function zu überkommen, nothwendig der vormundschaftsgerichtlichen Verpflichtung und Bestallung bedürfe, und der allgemeinen Aufsicht des Vormundschaftsgerichts unterworfen, namentlich bei seiner Verwaltung in Ansehung der Veräußerung von Immobilien (§§. 684. ff.) beschränkt sei. Derselbe überkomme daher, gleich jedem anderen Vormunde, die Verwaltung des Vermögens seiner Pflegebefohlenen vermöge und in Gemäßheit der Gesetze, also wie im §. 80. cit. ausgedrückt sei, „gesetzlich"; und er unterscheide sich in dieser Beziehung von einem anderen Vormunde nur in sofern, als ihm gesetzlich in Folge der testamentarischen Anordnung des Vaters eine größere Freiheit in der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung ge-

Digitized by Google

stattet sei. Diese größere Freiheit in der Verwaltung, resp. verminderte obervormundschaftliche Aufsicht ändere aber an dem Wesen der gesetzlich überkommenen vormundschaftlichen Verwaltung nichts, weshalb auch hieraus kein Grund entnommen werden könne, die Anwendung des §. 80. cit. bei einer testamentarisch befreiten Vormandschnft auszuschließen.

Auf die gegen dieses Erkenntniß von dem Verklagten eingelegte Revision ist dasselbe von dem vierten Senate des Ober-Tribunales am 7. Januar 1868 bestätigt worden und zwar aus folgenden

Gründen.

Die Entscheidung des Appellations-Richters beruht auf einer richtigen Auslegung und Anwendung des §. 80. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, und ist seinen Ausführungen im Wesentlichen beizupflichten.

Aus der Fassung der betreffenden Stelle des §. 80. cit., welche dahin lautet:

> Die Ansprüche der Kinder und der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners wegen ihres gesetzlich in die Verwaltung und Nutznießung oder nur in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens —

ergiebt sich schon von selbst, daß das Wort: gesetzlich, da dasselbe sowohl in Bezug auf die Vermögensverwaltung des Gemeinschuldners als Vaters, als auch auf diejenige des Gemeinschuldners als Vormundes gebraucht ist, sich nicht auf die Art, wie der Gemeinschuldner zum Vormunde bestellt worden, beziehen kann, sondern daß dieses Wort sich lediglich auf die Art und Weise bezieht, wie das Vermögen der Kinder oder der Pflegebefohlenen in die Verwaltung des Gemeinschuldners als Vaters oder Vormundes gekommen ist. Diese muß eine gesetzliche sein, wenn die Kinder oder die Pflegebefohlenen auf das Vorrecht des §. 80. cit. Anspruch

Digitized by Google

zu machen berechtigt sein sollen. Solches ist in den Motiven zur Concurs-Ordnung näher dahin erläutert, indem sich dort zu den §§. 78. und 79. des Entwurfes bemerkt findet:

„Der Entwurf giebt ein Vorrecht für das gesetzlich in die Hände des Gemeinschuldners gekommene Vermögen der Kinder. Es stimmt dieses Vorrecht im Wesentlichen mit dem Allgemeinen Landrechte überein. Dasselbe rechtfertigt sich aus dem Grunde, weil das Vermögen der Kinder von Rechtswegen in die Verwaltung und Nutzung des Vaters gelangt; es ist um so mehr nothwendig, als die Kinder in der Regel sich selbst vorzustehen unfähig sind, die vormundschaftliche Fürsorge aber und die Pflicht des Gemeinschuldners zur Sicherheitsbestellung nur ausnahmsweise eintritt. Die Forderungen der Pflegebefohlenen wegen Defecte aus der über sie geführten Vormundschaft oder Curatel, oder aus der angemaaßten Vermögensverwaltung werden nach §. 421. Tit. 50. Thl. I. der Allg. Ger. Ord. in der vierten Classe locirt. Man hat die Aufhebung dieses Vorrechts verlangt, weil die Pflegebefohlenen durch die Oberaufsicht der Behörde durch zu erfordernde Cautionen und durch den gesetzlichen Pfandtitel hinlänglich gedeckt seien. Allein erfahrungsmäßig reicht die obervormundschaftliche Aufsicht nicht hin, um Defecte des Vormundes zu verhüten, die vormundschaftliche Caution ist nicht von sonderlichem Belange (cfr. A. L. R. Thl. II. Tit. 18. §§. 427. 428.), oft gar nicht realisirbar, oder erlassen (cfr. §§. 433. 434. ibid). Auch hier bedarf daher, ähnlich wie bei den Kindern, der Anspruch auf das, was in Gemäßheit der Gesetze aus dem Vermögen der Pflegebefohlenen in die Hände der Vormünder und Curatoren gelangt, des besonderen Schutzes durch ein Vorrecht. Durch diese Begründung des Privilegiums bleibt der Fall

Digitized by Google

einer bloß angemaaßten Vermögensverwaltung ausgeschlossen, soweit der Schaden, welcher dem zu Bevormundenden daraus erwächst, nicht von denjenigen, durch deren Schuld seine gesetzmäßige Bevormundung unterbleibt, zu ersetzen ist, trifft ihn derselbe ebenso, wie jeder andere Zufall, und wie die Beschädigung seines Vermögens durch sonstige unerlaubte Handlungen Dritter."

Durch diese Motive wird es als unzweifelhaft bestätigt, daß durch das in dem §. 80. cit. gebrauchte Wort: „gesetzlich" in Bezug auf die Pflegebefohlenen nur das hat ausgesprochen werden sollen, daß die Verwaltung ihres Vermögens Seitens des Gemeinschuldners keine bloß angemaßte gewesen sein darf, daß vielmehr der Gemeinschuldner diese Verwaltung, als ihr wirklicher Vormund, in Gemäßheit der Gesetze, überkommen haben muß, wenn sie das hier in Rede stehende Vorrecht für sich in Anspruch zu nehmen befugt sein sollen. Daraus folgt zugleich, daß den Pflegebefohlenen dieses Vorrecht unbedingt zusteht, sobald der Gemeinschuldner ihr wirklicher Vormund gewesen ist, mag nun derselbe auf Grund einer testamentarischen Ernennung des Vaters oder ohne eine solche von dem Vormundschaftsgerichte zum Vormunde bestellt worden sein. Denn in beiden Fällen hat der Gemeinschuldner, in Gemäßheit der Gesetze, die Verwaltung des Vermögens der Pflegebefohlenen überkommen, was namentlich auch in Betreff des vom Vater ernannten Vormundes unzweifelhaft ist, da der §. 173. Tit. 18. Thl. II des A. L. R. bestimmt:

Der vom Vater ernannte Vormund hat die Verwaltung des gesammten Vermögens der Pflegebefohlenen; es mag dasselbe von dem Vater oder auch von einem Anderen herrühren.

Es ist deshalb ein unbegründeter Einwand des Verklagten,

Digitized by Google

welchem mit Unrecht der erste Richter beigetreten ist, daß die Kläger für ihre liquidirte Forderung das Vorrecht des §. 80. cit. nicht geltend machen können, weil der Gemeinschuldner B. ein von dem Vater der Kläger testamentarisch ernannter, von der obervormundschaftlichen Aufsicht befreiter, Vormund gewesen ist. Durch diese Befreiung hat auch das den Klägern nach §. 80. cit. zustehende Vorrecht in keiner Weise zweifelhaft gemacht werden können. Denn ein solcher testamentarisch ernannter, von der durch die §§. 422. bis 678. Tit 18. Thl. II. des A. L. R. angeordneten obervormundschaftlichen Aufsicht befreiter Vormund muß, nach dem §. 684. a. a. O., ebenso, wie jeder andere Vormund, bei dem vormundschaftlichen Gerichte verpflichtet und mit einer gerichtlichen Bestallung versehen werden. In Bezug auf ihn und die auf ihn vermöge der Gesetze übergehende Verwaltung des Vermögens seiner Pflegebefohlenen erscheint es aber vorzugsweise als geboten, für die letzteren das Vorrecht des §. 80. cit. eintreten zu lassen, da bei ihm, in Folge des Wegfalls der näheren Controlle und Aufsicht des vormundschaftlichen Gerichts, die Pflegebefohlenen bei weitem mehr der Gefahr einer Benachtheiligung ausgesetzt sind, als solches bei einem von der obervormundschaftlichen Aufsicht nicht befreiten Vormunde der Fall ist. Die Pflegebefohlenen, welche schon an sich gar nicht im Stande sind, den Uebergang ihres Vermögens in die Verwaltung des Vormundes zu verhindern, und deshalb des ihnen durch das Gesetz (§. 80. cit.) gewährten Schutzes dringend bedürfen, befinden sich eben so wenig in der Lage, ihren Vormund zu controlliren, und eine schlechte Verwaltung von ihrem Vermögen abzuwenden. In dieser Beziehung sind sie lediglich auf die obervormundschaftliche Aufsicht der vormundschaftlichen Behörden verwiesen, auf welche sie sich unbedingt verlassen müssen.

Digitized by Google

Und wenn diese vormundschaftliche Oberaufsicht, in Folge der vom Gesetze zugelassenen Anordnung des Vaters oder Erblassers, hinwegfällt oder doch eine sehr beschränkte ist, so muß es um somehr als gerechtfertigt erscheinen, den mit einem testamentarisch ernannten, von der obervormundschaftlichen Aufsicht befreiten Vormunde versehenen Pflegebefohlenen das Vorrecht des §. 80. cit. im Concurse dieses ihres Vormundes zu gewähren, als ihnen gegenüber nach dem §. 690. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R. der Vormundschaftsrichter bei der über einen solchen Vormund zu führenden Oberaufsicht nur ein grobes Versehen zu vertreten hat, ihnen also bei einer ihnen durch ihren Vormund widerfahrenen Benachtheiligung in den seltensten Fällen durch eine Regreßnahme an das Vormundschaftsgericht zu helfen ist.

Die von dem Verklagten in Bezug genommenen Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 19. Juni 1860 und vom 4. Mai 1865 (Striethorst's Archiv Bd. 38. S. 54. und folg. und Bd. 63. S. 18. ff.) können für den vorliegenden Fall nicht als maßgebend in Betracht kommen, da dieselben sich nur auf das den Kindern durch den §. 80. cit. in dem Concurse ihres Vaters beigelegte Vorrecht beziehen, nicht aber das den Pflegebefohlenen durch eben diesen Paragraphen in dem Concurse ihres Vormundes eingeräumte Vorzugsrecht zum Gegenstande gehabt haben. Ueberdies stimmt jedoch die in jenen Erkenntnissen dem §. 80. und insbesondere dem darin vorkommenden Worte „gesetzlich" gegebene Auslegung mit der obigen Interpretation vollkommen überein.

Digitized by Google

№ 50.

Anspruch auf fortlaufende Hebungen von unbestimmter Dauer, bei der Vertheilung von Kaufgeldern in nothwendiger Subhastation.

Ist der Hebungsberechtigte, welcher bei der Kaufgelderbelegung mit dem zur Deckung künftiger Hebungen angesetzten Capitale nicht vollständig zur Perception gelangt, zu verlangen berechtigt, daß ihm aus dem Betrage, der auf dasselbe gefallen und demnächst verzinslich angelegt ist, und zwar zunächst aus den Zinsen eventuell aus dem Capitale selbst, so lange dieses reicht, der volle Betrag seiner Hebungen ausgezahlt werde, oder muß er sich mit einem dem Verhältniß des zum Ansatz gebrachten Capitals zu dem zur Perception gekommenen Betrage entsprechenden Theile seiner Hebungen begnügen?

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §§. 62. 85. 251. und 398.

Auf dem Erbscholtisei-Restgute Nr. 1. zu Klein B. sind für die Klägerin Wittwe K., zu gleichen Rechten eingetragen:

a) Rubr. III. Nr. 21. ein zu fünf Procent verzinsliches

Digitized by Google

Capital von 600 Thlr., wovon sie dem Verklagten Kaufmann R. einen Antheil von 375 Thlr. mit dem Vorzugsrechte vor dem Ueberreste cedirt hat,

b) Rubr. II. Nr. 5. ein lebenslänglicher Auszug.

Das Grundstück ist subhastirt und mittelst Zuschlagsbescheides de public. den 19. September 1865, frei von dem Auszuge für das Meistgebot von 5315 Thlr. dem Kaufmann P. zu Breslau zugeschlagen worden.

Im Kaufgelder-Belegungs-Termine haben sich die Interessenten, unter Zustimmung der Verklagten, damit einverstanden erklärt, daß der Jahreswerth des Auszuges 91 Thlr. 10 Sgr. 6 Pf. und der zu 4 Procent berechnete Capitalswerth desselben 2238 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. beträgt, daß aber auf diesen Werth von den zu vertheilenden Kaufgeldern nur ein Betrag von 794 Thlr. 2 Sgr. falle. Klägerin nimmt das Recht in Anspruch, bis zu ihrem Tode den vollen Jahreswerth des Auszuges mit 91 Thlr. 10 Sgr. 6 Pf. postnumerando zuerst aus den Zinsen des zur Deckung desselben angesetzten Capitals von 794 Thlr. 2 Sgr. und soweit diese Zinsen nicht ausreichen aus dem Capitale selbst zu verlangen. Die Verklagten Kaufmann R. und Wittwe D. . . haben dieses Verlangen bestritten und der Klägerin nur einen Anspruch auf denjenigen verhältnißmäßigen Theil des Jahresertrages zugestanden, welcher dem zur Hebung gekommenen Auszugsrechte überhaupt entspricht. Klägerin ist gegen die Verklagten mit dem Antrage klagbar geworden:

dieselben zu verurtheilen, darin zu willigen, daß ihr zunächst aus den Zinsen des im Kaufgelderbelegungs-Termine vom 21. October 1865 zur Deckung ihrer künftigen Auszugshebungen angesetzten Capitals von 794 Thlr.

Digitized by Google

2 Sgr. und soweit diese Zinsen nicht hinreichen, aus dem Capitale bezahlt werden:

1) zu Martini der Rest ihres Auszuges von Martini 1864 bis Martini 1865,
2) von da ab während ihrer Lebenszeit alljährlich zu Martini und zwar das erste Mal zu Martini 1866 die Summe von 91 Thlr. 10 Sgr. 6 Pf.

Die Verklagten haben diesem Antrage widersprochen und auf Abweisung der Klägerin angetragen.

Das Kreisgericht zu Breslau erkannte unter dem 12. März 1866 die Verklagten nur für verbunden, darin zu willigen:

daß der Klägerin alljährlich an Martini — von Martini 1865 anzufangen — vier Procent des im Kaufgelderbelegungs-Termine zur Deckung ihrer künftigen Auszugshebungen angesetzten Capitals von 794 Thlr. 2 Sgr. zunächst aus dessen Zinsen, soweit diese aber nicht ausreichen, aus dem Capitale selbst bezahlt werden, auf die Hebungen pro Martini 1865 aber die nach Lage der Administrations- und Subhastations-Acten bereits darauf bezahlten Beträge abgerechnet werden.

Mit der Mehrforderung wurde Klägerin abgewiesen.

Der erste Richter nimmt auf Grund der §§. 398. 251., 61. und 62. der Concurs-Ordnung an, daß der Klägerin nur vier Procent desjenigen Betrages alljährlich zustehen, welcher bei der Kaufgelderbelegung auf das zur Deckung des Auszuges nach §. 62. Abschn. 2. a. a. O. liquidirten Capitals gefallen ist, mithin nur vier Procent von 794 Thlr. 2 Sgr., zwar sage dieses der §. 398 nicht ausdrücklich, es folge aber aus §. 251., welcher bestimme:

So oft die Zinsen zur Berichtigung der dem angelegten Capitale entsprechenden Hebungsbeträge nicht

Digitized by Google

hinreichen, wird der fehlende Betrag aus dem Capitale entnommen.

Hieraus ergebe sich, daß die Hebungsbeträge dem angelegten, nicht dem auf Grund der Capitalisirung angesetzten Capitale entsprechen sollen. Die entsprechenden Hebungsbeträge beständen aber in vier Procent des angelegten Capitals, eben weil jährliche Hebungen von unbestimmter Dauer mit vier Procent zu Capital zu rechnen seien — cfr. §. 62. a. a. O. — Hiergegen könne nicht eingewendet werden, daß der §. 251. nur von den Vertheilungen im eigentlichen Concurse handle, denn das im Wege der nothwendigen Subhastation stattfindende Kaufgelderbelegungs-Verfahren sei als ein Particularconcurs anzusehen — §. 1. Abs. 2. a. a. O., so daß §. 398. die Anwendung der Grundsätze des §. 251. voraussetze. Beiden liege auch eine gleiche ratio zum Grunde, wie die Allegirung der §§. 62. und 85. ergebe. Dafür spreche ferner der Umstand, daß der Anspruch der Klägerin nicht in einem Capitale, sondern in jährlichen Hebungen bestehe. Insoweit das angelegte Capital die Höhe des nach Maßgabe der Capitalisirung zu vier Procent angesetzten nicht erreiche, erleide die Klägerin einen Ausfall an ihren jährlichen Hebungen und diese müßten also folgerecht sich nach Verhältniß des Ausfalls ermäßigen. Das Capital, an welches sie sich nur in dem durch §. 251. beschränkten Maaße halten könne, falle nach dem Erlöschen des Nutzungsrechts den nächstfolgenden Realgläubigern zu.

Hiernach erscheine es auch unbegründet, wenn Klägerin deducirend behaupte, daß in der gegenseits geltend gemachten Ansicht eine Verletzung des der Preußischen Hypotheken-Verfassung zum Grunde liegenden Princips der Prioritäts-Ordnung enthalten sei.

Klägerin hat gegen diese Entscheidung, unter Berufung

Digitized by Google

auf den §. 398. a. a. O., appellirt und auf Verurtheilung der Verklagten nach dem Klageantrage angetragen, wogegen diese geltend gemacht haben, daß die zu gleichem Rechte mit dem qu. Ausgedinge eingetragene Post von 600 Thlr., wovon dem Verklagten R. 375 Thlr. prioritätisch cedirt worden, auch zum Theil ausgefallen sei. Es sei nicht einzusehen, warum sich der Revenüen-Gläubiger nicht ebenso eine verhältnißmäßige Kürzung seiner Revenüen gefallen lassen müsse, wie der Capitals-Gläubiger am Capital. Die Verklagten beantragten daher Bestätigung des ersten Erkenntnisses und auf diese hat auch der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Breslau am 27. November 1866 erkannt.

Gegen diese Entscheidung hat Klägerin noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt und eine Verletzung der §§. 398. 251. und 85. der Concurs-Ordnung behauptet, der dritte Senat des Ober-Tribunals hat aber in seinem Erkenntnisse vom 21. Juni 1867 die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter ist der Meinung, daß die Klägerin von den Zinsen des auf ihr Ausgedinge repartirten Capitals von 794 Thlr. 2 Sgr., event. von diesem Capitale selbst nicht den ganzen Jahreswerth ihres Ausgedinges, sondern nur den dem Capitale von 794 Thlr. 2 Sgr. im Verhältniß zum Capitalswerthe des ganzen Ausgedinges von 2238 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. entsprechenden Theil des Jahreswerths fordern könne. Diese Ansicht ist dem Verklagten R. gegenüber, dessen Forderung von 375 Thlr. zu gleichen Rechten mit dem Ausgedinge der Klägerin eingetragen ist, gerechtfertigt und enthält nicht die gerügte Verletzung der §§. 251. 398. und 85. der Concurs-Ordnung.

Nach §. 62. derselben werden fortlaufende Hebungen

Digitized by Google

von unbestimmter Dauer nach dem Satze von vier vom Hundert zu Capital gerechnet. Das so ermittelte Capital stellt nicht den Werth der Hebungen dar, sondern dient zur Deckung der künftigen Hebungen, wie sich aus §. 398. a. a. O. deutlich ergiebt, welcher vorschreibt:

> Besteht eine Forderung in dem Anspruche auf fortlaufende Hebungen, so wird der Betrag, welcher bei der Vertheilung auf das zur Deckung der künftigen Hebungen angesetzte Capital fällt, verzinslich angelegt. Die Anlegung erfolgt durch gerichtliche Deposition. Zugleich wird bestimmt, wem das Capital bei dem Aufhören der Hebungen zufallen soll. So oft die Zinsen zur Berichtigung der Hebungs-Beträge nicht hinreichen, wird der fehlende Betrag aus dem Capital entnommen.

Hierin ist eines Theils ausgesprochen, daß das angesetzte Capital zur Deckung der künftigen Hebungen bestimmt sei, andern Theils, daß dasselbe nach dem Aufhören der Hebungen eine andere Bestimmung erhalten soll, das Capital selbst also nicht als dem Hebungsberechtigten zustehend zu betrachten sei. Kommt nun das zur Deckung der künftigen Hebungen angesetzte Capital wegen vorstehender oder gleichberechtigter Forderungen nicht vollständig zur Perception, so erleidet der Hebungsberechtigte einen verhältnißmäßigen Ausfall und seine Hebungen müssen in demselben Maaße geringer werden, in welchem der zur Deckung derselben bestimmte Fonds geringer geworden ist, also im vorliegenden Falle im Verhältniß von dem zum Ansatz gebrachten Capitale von 2238 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf., zu dem auf dasselbe repartirten Betrage von 794 Thlr. 2 Sgr. Zwar könnte die Fassung des dritten Absatzes im §. 398. a. a. O. hiergegen Zweifel erregen, indem darin von Berichtigung der Hebungsbeträge

Digitized by Google

die Rede ist und man darunter, wie Implorantin verlangt, die Hebungen in ihrem vollen Betrage verstehen könnte, dergestalt, daß dieselben, so lange der auf das nach §. 62. a. a. O. berechnete Capital repartirte Betrag von 794 Thlr. 2 Sgr. reicht, unverkürzt berichtigt werden müßten. Bei näherer Erwägung ergiebt sich aber diese Ansicht als unrichtig. Denn, wie schon oben nachgewiesen ist, stellt das berechnete Capital nicht den Betrag des dem Hebungsberechtigten zustehenden Rechts dar, sondern es ist nur das Deckungsmittel, aus dem die demselben zustehenden Hebungen bis zu deren Aufhören berichtigt werden sollen, und kommt daher das in Ansatz gebrachte Capital nur theilweise zur Perception, so hat dieses auch eine verhältnißmäßige Herabsetzung der daraus zu berichtigenden Hebungen zur Folge. Wollte man dieses nicht anerkennen, sondern der Klägerin bis zur vollständigen Absorption des zur Deckung der Hebungen auf das Liquidat repartirten Betrages die vollständige Leistung ihrer Hebungen zugestehen, so würde man ihr bis dahin ein nicht begründetes Vorrecht vor dem gleichberechtigten Verklagten R. zugestehen, wie der Appellations-Richter richtig hervorhebt. Hiernach muß man den im §. 398. a. a. O. gebrauchten ungenauen Ausdruck: zur „Berichtigung der Hebungsbeträge" in demselben Sinne verstehen, in welchem der §. 251. a. a. O. richtiger von der Berichtigung der dem angelegten Capitale entsprechenden Hebungsbeträge spricht. Auch bei dieser Bestimmung war, wie Koch's Commentar zur Proceß-Ordnung, resp. Concurs-Ordnung §. 251. Anm. 64. ergiebt, im Entwurfe gesagt: „die Zinsen zur Berichtigung der dem angesetzten Capitale entsprechenden ꝛc. Hebungsbeträge" und erst später ist dem Ausdrucke des „angesetzten" der richtigere des „angelegten" Capitals substituirt worden. Implorantin macht hiergegen geltend, die Verschiedenheit der Fassung der gedachten beiden Paragraphen

Digitized by Google

habe darin ihren Grund, daß der von der Vertheilung der Kaufgelder subhastirter Grundstücke handelnde §. 398. unter dem Einflusse der hypothekarischen Prioritäts-Ordnung stehe und daher wesentlich anderen Inhalts sein müsse, als der §. 251. bei welchem dieses Moment nicht in Betracht stehe. Dies kann jedoch nicht als richtig anerkannt werden, da auch der §. 251. zum Zwecke hat, die erforderlichen Festsetzungen zur Sicherung des Anspruchs auf fortdauernde Hebungen mit Rücksicht auf die gesetzliche Prioritäts-Ordnung zu treffen.

№ 51.

Anfechtbarkeit einer Hypothek im Concurse.

Findet die Vorschrift des §. 101. Nr. 1. der Concurs-Ordnung auch in dem Falle Anwendung, wenn vom Gemeinschuldner, innerhalb der zehntägigen Frist, vor dem Tage der Zahlungseinstellung, Hypothek für ein, erst nach der Hypothekbestellung vor jenem Tage gezahlt erhaltenes Darlehn bestellt worden ist?

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, §. 101. Nr. 1.

Ueber das Vermögen des Kaufmanns R. ist am 26. Januar 1864 Concurs eröffnet und der Tag der Zahlungs-

Digitized by Google

einstellung auf den 25. Januar festgesetzt. Neun Tage vorher — am 16. Januar 1864 — hat er für seinen Schwiegervater Sch. (den jetzigen Verklagten) eine gerichtliche Obligation über 3000 Thlr. Darlehn nebst fünf Procent Zinsen seit 1. desselben Monats ausgestellt und ein ihm gehöriges Grundstück Vol. IV. Nr. 161. des Hypothekenbuchs der Neustadt B. verpfändet, worauf am 18. Januar die Eintragung veranlaßt ist.

Auf Antrag des Concurs-Verwalters ist durch Verfügung vom 17. Februar 1864 eine Protestation wegen nicht erhaltener Valuta, mittelst Verfügung vom 23. Februar auch noch eine Protestation wegen Anfechtung des Hypothekenrechts bei jener Post vermerkt worden.

In dem gegenwärtigen Processe hat der klagende Concurs-Verwalter beantragt:

die gedachte Obligation und die Hypothek für ungültig zu erklären, sowie den Verklagten zur Herausgabe des Hypotheken-Doeumentes, resp. zur Löschungsbewilligung zu verurtheilen.

Gegründet wird die Klage theils auf den Mangel eines gegebenen Darlehns, theils darauf, daß die Hypothek in Gemäßheit des §. 101. Nr. 1. der Concurs-Ordnung der Anfechtung unterliege. Der Verklagte hielt sich zwar nicht für beweispflichtig, trat jedoch eventuell Beweis zur Widerlegung der klägerischen Behauptungen an.

Das Kreisgericht zu Brandenburg erkannte unterm 15. Mai 1865 nach dem Klageinhalte. Das Erkenntniß des Kammergerichts vom 14. November 1865 fiel theils bestätigend aus, theils machte es die Entscheidung von mehreren dem Kläger aufgelegten Eiden abhängig.

Unter anderen Anführungen hatte der Verklagte behauptet:

Digitized by Google

er habe dem Cridar in Folge der Obligation und Verpfändungs-Urkunde vom 16. Januar 1864 am 19. Januar desselben Jahres (vor Eröffnung des Concurses und vor dem Tage der Zahlungseinstellung) 200 Thlr. gezahlt. Das hierdurch erst nach jener Urkunde begründete Forderungs- und Hypotheken-Recht unterliege der Anfechtung nach Maaßgabe des §. 101. Nr. 1. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 nicht.

Das Kammergericht war dieser letzteren Ansicht entgegengetreten und dessen Erkenntniß ist in soweit auf die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde durch Urtel des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 26. October 1866 vernichtet worden. In den

Gründen

heißt es, wie folgt:

Die Anfechtbarkeit der in der Obligation vom 16. Januar 1864 (neun Tage vor dem 25. Januar, dem Tage der Zahlungseinstellung des Cridars) geschehenen Hypothekbestellung hat der Implorant schon in den Vorinstanzen rücksichtlich der erst am 19. Januar 1864 gegebenen Darlehnssumme von 200 Thlr. bestritten, in sofern diese durch den §. 101. Nr. 1. der Concurs-Ordnung nicht berührt werde, weil die Zahlung des gedachten Valutenbetrages in der Zeit nach der Hypothekbestellung erfolgt sei.

Der Richter zweiter Instanz beseitigt diesen Einwand mit den Worten:

wenn die Sicherheitsbestellung für eine Forderung, die bereits vor der Einräumung des dinglichen Rechts entstanden sei, nach jenem Paragraphen der Anfechtung unterliege, so müsse dies um so mehr von einer Forderung gelten, die zur Zeit der Pfandbestellung noch nicht existirte.

Implorant rügt, daß hierdurch der §. 101. Nr. 1. der Con-

Digitized by Google

curs-Ordnung und der §. 46. der Einleitung zum Allg. Landrecht verletzt seien. Dem ist beizupflichten.

Denn der Regel des §. 4. der Concurs-Ordnung zufolge verliert der Cridar die Befugniß, über sein Vermögen zu verfügen, erst mit dem Zeitpunkte der Concurs-Eröffnung. Zwar giebt der §. 99. der Gläubigerschaft das Recht, gewisse Rechtshandlungen desselben, welche vor der Concurs-Eröffnung vorgenommen sind, als ungültig anzufechten. Es soll dies aber nach Maaßgabe der folgenden Paragraphen geschehen, welche — weil sie Ausnahmen von der Regel in sich schließen — lediglich stricter Auslegung unterworfen werden müssen. In dem §. 101. heißt es nun:

Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche seit dem Tage der Zahlungs-Einstellung oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit oder des Antrages auf Concurs-Eröffnung, oder innerhalb der nächst vorhergegangenen zehn Tage vorgenommen worden sind, unterliegen der Anfechtung, wenn sie eines der nachfolgenden Rechtsgeschäfte zum Gegenstande haben:

1. die Bestellung von Pfand oder Hypothek zur Sicherheit von Verbindlichkeiten, die bereits vor der Einräumung des dinglichen Rechts entstanden sind,

sofern die Pfand- oder Hypothekbestellung nicht sogleich bei Entstehung der Verbindlichkeit, oder doch vor den oben erwähnten zehn Tagen ausbedungen worden ist,

2. u. s. w.

Dem Wortlaute nach bezieht sich Nr. 1. unzweifelhaft nur auf die Sicherheitsbestellung für bereits vorher entstandene Verbindlichkeiten, so daß das Gesetz auf Hypothekenbestellungen für gleichzeitig oder später zu Stande gekommene Verbindlichkeiten unzutreffend ist. Auf letztere trifft auch der Grund des Gesetzes nicht zu. Es soll die nachträgliche Be-

Digitized by Google

günstigung schon vorhandener Gläubiger durch spätere Einräumung eines dinglichen Rechts zum Nachtheile der übrigen Gläubiger verhütet werden. Die Eingehung neuer Verbindlichkeiten gegen Hypothekbestellung wird davon nicht berührt.

Die Concurs-Ordnung hat sich hierin fremdländischen Gesetzgebungen, namentlich der französischen angeschlossen, welche davon ausgehen, daß die nachträgliche Pfand- oder Hypothekbestellung in Fällen, wo keine contractliche Verpflichtung dazu vorlag, besonders im Handelsverkehr eine ungewöhnliche und darum an sich schon verdächtige Operation sei. (Goltdammer, Materialien zur Concurs-Ordnung 2. Ausgabe S. 261.) Es fallen solche nachträgliche Begünstigungen gewissermaaßen in die Natur freigebiger Verfügungen des Gemeinschuldners, welche die Concurs-Ordnung speciell im §. 102. Nr. 2. behandelt hat.

Davon ganz unabhängig ist die Eingehung eines neuen Darlehnsgeschäftes gegen Hypothekbestellung resp. die Bestellung eines Hypothekenrechts für ein demnächst gegebenes Darlehn. (Archiv für Rechtsfälle Bd. 61. S. 14. ff.) Mit Unrecht wendet der Appellations-Richter den §. 101. Nr. 1. der Concurs-Ordnung auf ein solches Geschäft an.

Digitized by Google

№ 52.

Kosten der Abschätzung von Grundstücken im Concurse.

Treffen die zufolge des §. 157. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 entstandenen Kosten der gerichtlichen Abschätzung von Immobilien die Gemeinmasse oder, wenn später auf Antrag eines Gläubigers die nothwendige Subhastation der Immobilien erfolgt, die Kaufgeldermasse der subhastirten Immobilien?

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §. 157. alinea 3.

Im Jahre 1864 ist über das Vermögen des Dampfschneidemühlenbesitzers T. der Concurs eröffnet. Zur Genügung der Vorschrift im §. 157 Alinea 3 der Concurs-Ordnung sind auf Antrag des Klägers, des Kaufmanns Sch., — als Concurs-Verwalters — gerichtliche Taxen von drei zur Masse gehörigen Grundstücken aufgenommen. An Gebühren der Sachverständigen, für Hypotheken-Scheine und Stempel sind angeblich dadurch 26 Thlr. 7 Sgr., 34 Thlr. 13 Sgr. und 23 Thlr. 12 Sgr., in Summa 84 Thlr. 2 Sgr. Kosten erwachsen und aus der Concursmasse an die Salarien-Casse des Stadtgerichts in Berlin bezahlt worden. Im Jahre 1865 wurde von einem Gläubiger die nothwendige Subhastation jener Grundstücke beantragt. Nach erfolgtem Zuschlage hat

Digitized by Google

der Kläger in dem Termine zur Vertheilung der Kaufgelder am 27. October 1866 jene 84 Thlr. 2 Sgr. zur vorzugsweisen Erstattung gegen die Kaufgeldermasse liquidirt. Da der Verklagte, Geheime Ober-Regierungs-Rath v. W., als letztinteressirter Realgläubiger, dem Liquidate widersprach, so ist der streitige Betrag zu einer Specialmasse genommen, welche der Kläger im gegenwärtigen Prozesse zur Concursmasse beansprucht.

Er betrachtete die Auslage als eine Masseschuld der Kaufgeldermasse, brachte sie unter den Gesichtspunkt von Subhastationskosten und führte aus, daß um ihren Betrag eine Ersparniß bei der Subhastation eingetreten sei.

Nachdem in erster Instanz die Klage zurückgewiesen und die streitige Masse dem Verklagten zugesprochen worden war, erkannte der Kläger in der Appellations-Instanz an, daß im Subhastations-Verfahren eine Revision der auf seinen Antrag aufgenommenen Taxen statt gefunden habe, wodurch 16 Thlr. 24 Sgr. Kosten erwachsen seien. Gleichzeitig führte er aber aus, es würden — wenn die Taxen neu aufgenommen wären — 16 Thlr. 15 Sgr. Gerichtsgebühren entstanden und aus den Kaufgeldern zu berichtigen gewesen sein, so daß diese Ersparniß jene 16 Thlr. 24 Sgr., mit Ausnahme von 9 Sgr., ausgleiche. Er ermäßigte seinen Anspruch um diese 9 Sgr., also auf 83 Thlr. 23 Sgr. Durch Urtel des Kammergerichts vom 15. Juli 1867 ist das erste Erkenntniß bestätigt.

Die hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem dritten Senate des Ober-Tribunals in der Sitzung vom 21. Februar 1868 zurückgewiesen.

Gründe.

Der Kläger, welcher die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben hat, legt — unter Widerspruch des Verklagten — dem Vorderrichter die Verletzung der §§. 11. 46. 157. der Concurs-

Digitized by Google

Ordnung, der §§. 262. 268. Tit. 13 und der §§. 46. 47. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. zur Last. Allein ohne haltbare Gründe. Die Concurs-Ordnung bestimmt Tit. 2. im fünften Abschnitt, welcher von den Maaßregeln zur Ermittelung, Erhaltung und vorläufigen Benutzung der Concursmasse handelt, im §. 157. Alinea 3.:

> Die Veräußerung der Immobilien, Gerechtigkeiten und Schiffe bleibt ausgesetzt, jedoch muß die gerichtliche Abschätzung derselben stattfinden.

Der Wortsinn dieser Vorschrift, in Verbindung mit der Stellung im System der Concurs-Ordnung, läßt nicht zweifeln, daß die Abschätzung ohne Rücksicht auf eine spätere Veräußerung durch Subhastation im Interesse der Concursmasse geschehen soll, um deren Uebersicht zu ermöglichen. Sie hat nicht die Bedeutung einer Subhastations-Taxe, geschieht ohne Theilnahme der Realinteressenten und dient zur Information des Concurs-Verwalters und der Concurs-Gläubiger. Sie kann z. B. für die Fälle der §§. 163. 184. der Concurs-Ordnung ein gewichtiges Material darbieten und selbst für einen Verkauf aus freier Hand (§§. 221. 223. l. c.) zur zweckmäßigen Grundlage dienen, in sofern also das Beste der Concurs-Gläubiger wesentlich fördern. Hat daher der Kläger, wie er angiebt, in Befolgung des Gesetzes die Taxation der zur T.'schen Concursmasse gehörigen Grundstücke im Jahre 1864 nachgesucht, so fielen dieser Masse die dadurch herbeigeführten Kosten zur Last. Durch Zahlung derselben hat die letztere ihre eigene Schuld getilgt, die betreffende Forderung der Salariencasse ging dadurch unter. — §. 10. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. —

Daß die Salariencasse gleichwohl einen Anspruch an die bei der späteren Subhastation gewonnene Kaufgeldermasse

Digitized by Google

gehabt habe, ist nicht einmal behauptet. Zur Anwendung des §. 11. der Concurs-Ordnung in dem Sinne,

als habe die Concursmasse eine Schuld der Kaufgeldermasse berichtigt, als Folge hiervon mithin ein Vorrecht erworben, welches aus dem Rechte der Salariencasse gegen die Kaufgelder geltend zu machen sei,

fehlt hiernach jede thatsächliche Basis.

Ebenso zur Anwendung des §. 46. der Concurs-Ordnung, da die streitigen Taxkosten im Subhastations-Verfahren nicht erwachsen, also niemals Masseschulden der Kaufgeldermasse, sondern auf Grund des §. 157. Masseschulden der Concursmasse geworden und als solche berichtigt worden sind. §§. 40. 41. Nr. 1. der Concurs-Ordnung. — Es mag sein, daß durch das Vorhandensein der Taxen im Subhastations-Verfahren eine Ersparniß eingetreten ist. Sie war jedenfalls eine zufällige. Auf diese treffen die Grundsätze von der nützlichen Verwendung (§§. 262. 268. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R.) nicht zu, weil die Concursmasse durch Zahlung der Kosten der in ihrem Interesse geschehenen Taxen nur eine von ihr veranlaßte, gesetzlich nothwendige Ausgabe bestritten hat. Nicht eine fremde, sondern ihre eigene Schuld hat sie berichtigt. Die §§. 46. 47. Tit. 16. l. c. sind mithin gleichfalls unzutreffend in Bezug genommen, abgesehen davon, daß sie ohne Verbindung mit dem §. 11. der Concurs-Ordnung, dessen Unanwendbarkeit schon oben nachgewiesen ist, das beanspruchte Vorrecht zu Gunsten des Klägers nicht ergeben. In der gerichtlichen Praxis sind die Fälle nicht selten, daß eine ältere Subhastations-Taxe bei einer späteren Subhastation benutzt werden kann, sei es, wenn die frühere Subhastation vor der Licitation und Adjudication sich erledigt hat, sei es, wenn es zu einer Resubhastation kommt. Auch sonst ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen. Man wird schwerlich behaupten,

Digitized by Google

daß in derartigen Fällen diejenigen, welche die Kosten der Taxation getragen haben, in dem späteren Subhastations-Verfahren aus der nützlichen Verwendung einen Anspruch auf deren Erstattung aus der Kaufgeldermasse haben. Aehnlich liegt der gegenwärtige Streitfall.

Die überall verfehlte Nichtigkeits-Beschwerde ist zurückzuweisen.

№ 53.

Aufgebot einer Kaufgelder-Specialmasse. Vierzehntägige Frist für die Publication der Erkenntnisse durch öffentlichen Aushang.

1) Steht die Präclusion, nach erfolgtem Aufgebote einer Kaufgelder-Specialmasse, denjenigen Inhabern einer Hypothek entgegen, die ihr Recht nicht haben eintragen lassen, und von Person und Aufenthalt dem Subhastations- und Aufgebots-Richter unbekannt gewesen sind?
2) Findet der §. 9. der Verordnung vom 5. Mai 1838 auf die Publication von Erkenntnissen durch öffentlichen Aushang Anwendung?

Digitized by Google

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §§. 405. ff.
Verordnung vom 21. October 1838 (Ges. S. S. 498.)
Gesetz vom 5. Mai 1838 §§. 3. 6. und 9. (Ges. S. S. 273—276.)
A. L. R. Thl. 1. Tit. 3. §. 45.
Dienst-Instruction vom 2. August 1850 §. 29. (Justiz-Minist.-Bl. S. 265.)

Für die Geschwister Sk., Joseph, Valentin, Procop und Antonie, verehelichte B., und den Ehemann der letzteren, Jacob B., waren sub Rubr. III. Nr. 10. des Foliums des subhastirten Gutes K., welches früher dem Joseph Sk. gehörte, ex decr. vom 12. Juli 1840 auf Grund eines Schuldscheins vom 25. Juni 1806 und der rechtkräftigen Erkenntnisse vom 14. October 1832 und 17. März 1840, 2833 Thlr. 10 Sgr. nebst fünf Procent Zinsen seit Johanni 1830 eingetragen. Diese kamen bei der Subhastation mit 3840 Thlr. 19 Sgr. zur Hebung, es meldete sich aber in dem Kaufgelder-Vertheilungs-Termine Niemand für diese Post, auch ist das Hypotheken-Document nicht eingereicht worden. Es wurde daher eine Specialmasse angelegt, ein Curator den unbekannten Interessenten bestellt, und es hat dieser das Aufgebot der Specialmasse und Abfassung des Präclusions-Erkenntnisses beantragt. In dem Termine vom 4. November 1862 meldeten sich verschiedene Gläubiger, ausgefallene Real- und persönliche Gläubiger des Subhastaten, und außerdem verschiedene Personen, welche später ihren Anspruch aufgaben. Am 17. November 1862 faßte das Kreisgericht zu Wreschen die Präcluforia der unbekannten Interessenten rücksichtlich der angelegten Specialmasse ab. Die Präcluforia wurde in Ausfertigung am 6. December 1862 af- und

Digitized by Google

am 20. December 1862 refigirt, wie der Vermerk ergiebt. Der H., welcher unterzeichnet, ist Bote des Gerichts zu Wreschen. Das Gericht hat hierauf gemäß §. 413. der Concurs-Ordnung zur Verhandlung über die Ansprüche der Interessenten Termin angesetzt. In diesem hatte der Rechts-Anwalt M. für Max und Peter Sk. und die Wittwe M., als angebliche Rechtsnachfolger des Procop Sk. Ansprüche erhoben, die bestritten wurden und denen eventualiter der Einwand der Zahlung entgegengestellt wurde, nahm aber für erstere den Anspruch zurück. Es war inzwischen der zunächst mit mehr als 10,000 Thlr. ausgefallene Gläubiger R. mit seinem Anspruche auf Ausschluß aller übrigen Gläubiger aufgetreten und haben weitere Verhandlungen stattgefunden. Am 31. October 1863 trat endlich die Revidentin Frau Anna Sk. mit ihrem Anspruche auf die Masse auf. Sie gab zu, daß durch die rechtskräftige Präclusoria die Ansprüche der unbekannten Interessenten ausgeschlossen seien, behauptete aber, daß die Präclusion sich auf die eingetragenen Gläubiger, resp. deren Rechtsnachfolger, nicht beziehe und ihnen nicht entgegenstehe. Sie suchte sodann darzulegen, daß das Recht aus jener Hypothek durch Erbgangsrecht und Cession auf Valentin Sk. übergegangen und derselbe am 30. October 1839 durch seinen General-Bevollmächtigten Cz. die Post an die Jos. Sk. cedirt, welche dann am 8. Juli 1863 ihr das Recht abgetreten. Sie verlangte Zusprechung der Special-Masse und Ausschließung aller andern Prätendenten. Die übrigen Interessenten setzten der Revidentin den Einwand der Präclusion entgegen und bestritten den Anspruch.

Auf Grund der beigebrachten Urkunden hat das Kreisgericht zu Wreschen in dem Erkenntnisse vom 24. März 1865 die Legitimation der Revidentin für richtig angenommen, den Anspruch selbst für dargethan und existent erachtet

Digitized by Google

und die Masse nach Abzug der Aufgebotskosten der Revidentin zugesprochen, alle übrigen Interessenten aber mit ihren Ansprüchen abgewiesen, indem es den Einwand der Präclusion nicht für begründet erachtete.

R. appellirte gegen dies Erkenntniß, er verlangte Abweisung der Revidentin und Zusprechung der Masse an ihn, als ersten ausgefallenen Gläubiger. Er deducirte, daß die Revidentin durch die Präclusoria rechtskräftig ausgeschlossen sei und führte an, daß die Post ohnehin getilgt sei, was aus §. 6. des Erbrecesses vom 20. Mai 1846 gefolgert wurde. Die Revidentin bestritt zwar nicht, daß die Präclusoria rechtskräftig geworden, wohl aber die sonstigen Anführungen des R., welcher im Audienztermine noch die Legitimation der Revidentin insbesondere deshalb bestritt, weil sie das Hypotheken-Document nicht beigebracht.

Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Posen hat am 23. November 1865, das erste Erkenntniß abändernd, dahin erkannt, daß die Appellatin abzuweisen und die Sache zur Erörterung und Entscheidung zwischen dem Appellanten und den Interessenten, welche sein Liquidat bestritten, zur ersten Instanz zurückzuweisen. Er führte aus, daß die Präclusoria der Appellatin entgegenstehe, daß sie auch nicht einmal das Document producirt, und den Verlust desselben durch Ableistung des Diligenz-Eides nicht dargethan habe.

Die Appellatin hat Revision eingelegt. Sie hielt nunmehr auch das Präclusions-Erkenntniß nicht für rechtskräftig, weil es nicht volle vierzehn Tage ausgehangen habe, da es erst am 21. December, nicht den 20. December 1862, hätte abgenommen werden dürfen, und nicht erhelle, wer die Person sei, die den Af- und Refixions-Vermerk gemacht, und ob sie dazu befugt sei. Es ward, unter Aufhebung des

Digitized by Google

zweiten Erkenntnisses, Herstellung des ersten verlangt. R. hat diesem Antrage widersprochen.

Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat am 28. Mai 1866 das Erkenntniß zweiter Instanz aus nachstehenden

Gründen

bestätigt.

In dem Termine zur Vertheilung der Kaufgelder des subhastirten Gutes K. hatte zu der Post Rubr. III. Nr. 10. sich Niemand mit Ansprüchen gemeldet, und es ist, gemäß §. 388. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, der zur Hebung gekommene Betrag zu einer Specialmasse genommen. Um diese wegzuschaffen, ist gemäß §. 405. ff. l. c. ein Curator den unbekannten Interessenten bestellt, welcher, da seine Nachforschungen keinen Erfolg hatten, das Aufgebot der Specialmasse beantragt hat. Dieses ist nach Vorschrift erfolgt und die Präclusion aller unbekannten Interessenten ausgesprochen. Daß diese Präclusion der Revidentin entgegenstehen, hat der Appellations-Richter mit überzeugenden Gründen dargethan. Zweck der Vorschrift der §§. 405. ff. der Concurs-Ordnung, welche im wesentlichen nur wiederholen, was die Verordnung vom 21. October 1838 bereits angeordnet hatte, ist die definitive Ausschüttung der im gerichtlichen Depositorium befindlichen Streitmassen. Zu dem Ende wird den unbekannten Eigenthümern und Interessenten an der gar nicht oder nicht gehörig durch Production des Instruments geltend gemachten Post ein Curator bestellt, der die nöthigen Erforschungen anstellen, und, wenn diese nicht zum Ziele führen, das Aufgebot aller unbekannten Personen, welche als Eigenthümer, Erben, Cessionarien und sonstige Ansprüche an die Streitmasse haben, bei Vermeidung der Präclusion veranlassen soll. Durch die Bestellung der Curatel, das öffentliche Aufgebot, ist den Inhabern der Hypothek, welche ihr Eigenthum nicht

Digitized by Google

einmal haben eintragen lassen, und welche sich im Subhastations-Verfahren nicht gemeldet haben, wozu sie hinreichenden Grund hatten, der Weg eröffnet, ihre frühere Säumniß zu beseitigen. Nach rechtskräftiger Präclusion sind dieselben mit gutem Grunde vom Gesetz für ausgeschlossen erachtet, und es war dies Präjudiz unumgänglich, um die Depositalmassen ausschütten zu können und nicht die Ansprüche der sonst Berechtigten ins Ungewisse hin unbefriedigt zu lassen.

Die Präclusion steht natürlich den bekannten Eigenthümern der nicht angemeldeten Post nicht entgegen, weil sie nicht zu den unbekannten Interessenten gehören, auch wenn ihnen jura nicht speciell reservirt worden. Bekannte Interessenten sind aber nach dem Gesetze nur solche eingetragene Eigenthümer oder subinscribirte Personen oder deren Rechtsnachfolger, deren Person und Aufenthalt dem Subhastations-Richter bekannt ist. — (§. 411. der Concurs-Ord., §. 3. des Gesetzes vom 21. October 1838). — Nur diese werden nebst dem Schuldner und den ausgefallenen Hypotheken-Gläubigern zum Aufgebots-Termine geladen. Andere nicht bekannte Interessenten werden, wenn sie sich nicht im Termine melden, präcludirt und verlieren demgemäß alle Rechte an die Specialmasse. Es ist dies an sich keine Härte und gestatten die Grundsätze der §§. 494. ff. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. und §. 848. Tit. 18. Thl. II. A. L. R. um so weniger hier eine Heranziehung, als nicht nur das Gesetz auch in anderen Fällen den Verlust des Rechts unbedingt eintreten läßt, z. B. §. 55. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R., §. 96. ff. Tit. 2. der Hypoth.-Ordnung, §. 99. ff. Tit. 50. der Proceß-Ordnung, sondern auch die Hypotheken-Ordnung dem Erwerber der Post, der sich nicht eintragen läßt, gerade in dieser Beziehung — §. 213. Nr. 4 — auf die Nützlichkeit und Nothwendigkeit der Eintragung hinweiset, endlich §. 412. der Concurs-Ordnung die Restitution

Digitized by Google

als Rechtsmittel zuläßt. Würde aber ein unbegrenztes Recht des Eigenthümers oder Erwerbers der Post hinsichtlich der Zeit der Geltendmachung verstattet werden, so würde nicht nur der Zweck des Gesetzes vereitelt, sondern auch der Nachlässigkeit des Einen das Recht des Anderen (der ausgefallenen Realgläubiger) gradehin nachgestellt, welche etwa nur nach Ablauf der dreißigjährigen Verjährung ihre Ansprüche verfolgen könnten, und es könnten bis dahin stets neue Prätendenten auftreten und die Ausschüttung der Masse hindern und würden ins Ungewisse hinaus die Gerichte mit der Bewahrung und Verwaltung der Masse belästigt werden.

Bei der Subhastation werden nur die aus dem Hypothekenbuche hervorgehenden Gläubiger, und wenn deren Wohnort unbekannt ist, edictaliter, geladen; ebenso kann der Subhastations-Richter zur Kaufgelder-Vertheilung nur die aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Gläubiger laden. Melden sie oder ihre Rechtsnachfolger sich nicht, so wird zu ihrer Sicherung die Hebung ad depositum genommen. Nach erlassenem Aufgebote und nach Erledigung des Verfahrens gemäß §. 413. der Concurs-Ordnung muß der Richter aussprechen, wem der Kaufgelderrückstand zuzueignen. Es soll also die Masse definitiv ausgeschüttet werden, und dies ist nur möglich, wenn die Präclusion allen unbekannten Interessenten entgegensteht. Diese schließt den Kreis derer ab, welche ferner ein Recht auf die Specialmasse haben, daher werden nach §. 413. nur die Personen, welche sich beim Aufgebot gemeldet und die sonst bekannten Interessenten zugezogen. Unbekannte können es natürlich nicht, und sind durch die Präclusoria ausgeschlossen. Auch liegt ein ähnliches Verfahren, wie nach §. 391. des Anhangs zur Allg. Gerichts-Ordnung ganz außer dem Zwecke des Gesetzes, das die Ausschüttung der Specialmasse definitiv geordnet hat. Aus den Motiven des Ent-

Digitized by Google

wurfs der Concurs-Ordnung der Regierung und aus dem Berichte der Commission des Abgeordnetenhauses geht klar hervor, daß die Grundsätze des Gesetzes vom 21. October 1838 festgehalten sind, und nirgends erhellt, was auch mit der ratio legis im Widerspruche stehen würde, daß es den unbekannten Inhabern einer Hypothek auch nach ergangener Präclusoria freistehe, ihr Eigenthumsrecht geltend zu machen, weil die Hypothek überhaupt eingetragen gewesen.

Hiernach hat Revidentin ihr Recht durch Präclusion verloren und kann sich an die Specialmasse für die erwähnte Post nicht halten. Zwar greift sie jetzt die Rechtskraft der Präclusoria an, allein abgesehen davon, daß sie dieselbe früher selbst anerkannt und den Weg der Restitution nicht gewählt hat, so ist doch auch ihre Ansicht, selbst wenn diese neuen Anführungen berücksichtigt werden könnten, unrichtig. Sie bezweifelt zunächst ohne allen Grund, daß der den Af- und Refixions-Vermerk bezeugende Beamte des Gerichts dazu befugt gewesen. Daß der H., welcher jenen Vermerk unterzeichnet, Bote des Gerichts war, ergeben die Acten, auch hat er noch einen gleichen Vermerk zu den Acten gemacht und es ist an der Legalität des Actes nicht zu zweifeln. Sodann ist es zwar richtig, daß der Aushang vierzehn Tage aushängen soll. Er hat vom 6. bis 20. December ausgehangen. Handelt es sich von Berechnung der Frist des Rechtsmittels, hier der Restitution, so würde allerdings der letzte Tag der Aushängungszeit nicht in Rechnung zu ziehen sein. — §. 9. der Verordnung vom 5 Mai 1838. — Die Insinuation ist aber für erfolgt anzunehmen. wenn das Erkenntniß überhaupt vierzehn Tage ausgehangen hat. Daß der 6. December nicht dabei gezählt, derselbe also bei der vierzehntägigen Frist nicht berechnet werden dürfe, und demgemäß das Erkenntniß nicht bloß vierzehn sondern funfzehn

Digitized by Google

Tage aushängen müsse, um als insinuirt zu gelten, sagt weder jenes Gesetz noch der §. 412. der Concurs-Ordnung. Bei Berechnung der vierzehntägigen Zeitfrist muß der erste Tag eingerechnet werden, er ist der erste des laufenden Zeitabschnittes (Förster, Theorie und Praxis des Preuß. Rechtes, Theil I. S. 203) und aus dem Vermerk des Boten H. erhellt hier, daß das Erkenntniß vierzehn Tage ausgehangen hat. Dies genügt vollkommen, um die Insinuation gesetzlich für festgestellt zu achten, von Verjährungs- und ähnlichen Fristen — §§. 547. und 549. Tit. 9., §. 125. Tit. 18. Thl. I. des A. L. R. — von Erwerb oder von Verlust von Rechten — §. 46. ff. Tit. 3. Thl. I. des A. L. R. handelt es sich gar nicht, sondern von einer Zeitbestimmung für einen gerichtlichen Act, hier gilt nur der Grundsatz, daß der Verlauf eines Tages als Einheit gedacht wird.— §. 45. Tit. 3. Thl. I. A. L. R. — Der 6. December ist also anzurechnen, und die vierzehntägige Frist lief am 19. December ab. Die Geschäftstage für das Gerricht fallen mit dem Kalendertage zusammen.

Die Präclusoria ist, da die Revidentin in der gesetzlichen Frist die Restitution nicht nachgesucht, rechtskräftig geworden. Die Dienst-Instruction vom 2. August 1850 §. 29. ist zwar der Ansicht, daß die Tage des Anheftens und der Abnahme bei der vierzehntägigen Frist nicht mitgerecht werden; allein es hat diese Bestimmung, daß unter den vollen bestimmten Zeitraum nicht jene Tage gehören, eine gesetzliche Feststellung nicht begründet und sie ist daher ohne Bedeutung hinsichtlich der Frage, ob dem §. 412. der Concurs-Ordnung und dem §. 6. der Verordnung. vom 5. Mai 1838 genügt sei — cfr. auch §. 15. des Anhangs zum Allg. Landrecht zu Thl. I. Tit. 11. §. 348. —

Hiernach war, wie geschehen, zu erkennen.

Digitized by Google

№ 54.

Notariats-Instruments-Zeugen.

Ist in einem Notariats-Instrumente die Versicherung, daß den zugezogenen Instruments-Zeugen kein, von der Theilnahme an der notariellen Verhandlung ausschließendes Verhältniß entgegenstehe, nothwendig von dem Notar, bei Strafe der Nichtigkeit, abzugeben?

Gesetz vom 11. Juli 1845 §§. 5—9. 10. 41. und 42. (Ges. S. S. 487. ff.)

Die verehelichte M. verkaufte mittelst notariellen Vertrages vom 3. April 1865 die ihr gehörige Stelle Nr. 128. zu N. an den Johann K. und es wurde nach erfolgter Uebergabe für diesen der Besitztitel berichtigt. Im §. 4. dieses Vertrages ist bestimmt:

> Von den in der zweiten Rubrik haftenden Intabulaten übernimmt Käufer nur den Grundzins, die Rentenpflicht und die Pflicht, die Geschwister C. zu alimentiren.

Außer diesen speciell aufgeführten Lasten ist unter anderen in Rubr. II. Nr. 5. für den Kaufmann W. das ausschließliche Recht, auf den Grundstücken der Stelle Eisenerze jeder Art zu fördern, Kalk und Sandsteine zu brechen, so wie Lehm zu graben, eingetragen. Der Käufer beantragte deshalb unter der Behauptung, daß er die Verkäuferin mehrfach vergeblich

Digitized by Google

aufgefordert habe, dies Intabulat, worüber der W. löschungsfähige Quittung ausgestellt habe, löschen zu lassen, mittelst erhobener Klage:

Die Verkäuferin zu verurtheilen, das Rubr. II. Nr. 5. auf fol. 128. zu N. haftende Förderungsrecht auf ihre Kosten sofort löschen zu lassen.

Die Verklagte bestritt die klägerischen Behauptungen und wendete ein,

daß sie, weil im Kaufvertrage eine Frist nicht bestimmt sei, binnen welcher die Löschung der nicht übernommenen Lasten erfolgen solle, wegen mangelnder Aufforderung Seitens des Klägers sich noch nicht im Verzuge befinde, und

daß bei dem Abschlusse des Kaufvertrages vom 3. April 1865 abgemacht sei, daß jenes Förderungsrecht dem Kläger nicht mit verkauft werde.

Nach Vorlegung der Hypotheken-Acten erkannte das Kreisgericht zu Pleß am 6. December 1865 dahin:

daß die Verklagte schuldig, die Löschung des auf dem Hypothekenfolio der Besitzung Nr. 128. zu N. Rubr. II. Nr. 5. haftenden Förderungsrechtes auf ihre Kosten zu bewirken.

Gegen diese Entscheidung appellirte die Verklagte und erhob den neuen Einwand, die Verhandlung vom 3. April 1865 habe nicht die Kraft einer Notariats-Urkunde, weil die Versicherung der Qualification der zugezogenen Instruments-Zeugen als solcher von diesen selbst, nicht aber von dem Notar abgegeben sei.

Das Appellations-Gericht zu Ratibor bestätigte jedoch am 16. Mai 1866 das Erkenntniß erster Instanz. In den Gründen dieser Entscheidung wird ausgeführt:

Die Verpflichtung der Verklagten, die Löschung des in Rede stehenden Förderungsrechts zu bewirken, ergebe sich aus

Digitized by Google

der klaren Bestimmung des §. 4. des Kaufvertrages; es sei daher nicht erforderlich, daß die Verklagte zur Erfüllung dieser Verpflichtung aufgefordert und daß ein Evictionsfall eingetreten sei.

Der Einwand der Verklagten, daß nach mündlicher Abrede das Förderungsrecht nicht mitverkauft, der Vertrag also anders verabredet, als niedergeschrieben worden, sei nicht genügend substantiirt, da die Verklagte nicht angegeben und näher dargethan habe, daß die angebliche Abrede wider ihren Willen im Vertrage weggelassen worden und warum dies geschehen sei.

Auch der fernere Einwand der formellen Ungültigkeit der Notariats-Urkunde sei zu verwerfen; denn das Gesetz vom 11. Juli 1845 bestimme nicht, von wem die Versicherung abgegeben werden müsse, daß dem Notar, sowie den zugezogenen Instruments-Zeugen keines der Verhältnisse entgegenstehe, welche von der Theilnahme an der Verhandlung nach §§. 5—9. ausschließen. Werde diese Versicherung, so weit sie sich auf die Zeugen erstrecke, von diesen selbst und nicht von dem Notar abgegeben, so müsse dies demgemäß für ausreichend, eventuell keinesweges als eine Nichtigkeit begründend angesehen werden und zwar um so mehr, als die Zeugen allein über ihre Verhältnisse eine Wahrheitsversicherung, der Notar dagegen nur eine Nichtwissensversicherung abgeben könnte.

Uebrigens würde, selbst wenn ein schriftlicher Vertrag nicht vorläge, dieser Umstand dennoch dem Klageanspruche nicht entgegenstehen, denn die Verklagte könne in diesem Falle, da der Vertrag mindestens zum Theil erfüllt sei, gemäß §§. 131. 156. ff. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. nur entweder den geschlossenen mündlichen Vertrag ganz aufheben, oder müsse ihn ganz bestehen lassen, könne also nicht die Aufhebung in einem Theile verlangen.

Digitized by Google

Gegen diese Entscheidung hat die Verklagte zwar die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt; dieselbe ist indessen durch Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunales vom 14. Januar 1867 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Den ersten Angriff anlangend, so geht der vorige Richter zwar darin zu weit, wenn er zur Begründung des Einwandes des anders verabredeten als niedergeschriebenen Vertrages auch den Nachweis für erforderlich erachtet, aus welcher Ursache dies geschehen sei. (Vergl. die Entscheidungen Bd. 46. S. 29. und Bd. 49. S. 34.) Allein derselbe vermißt vor Allem den Nachweis, daß wirklich etwas wesentlich Anderes verabredet, als geschrieben sei, weil die Verklagte, welche zugiebt, daß der Kläger im §. 4. des Vertrages vom 3. April 1865 von den Intabulaten Rubr. II. nur Grundzins, Rentenpflicht und Alimentation der Geschwister C. übernommen, nicht angegeben und dargethan habe, daß dabei das fragliche Erzförderungsrecht wider ihren Willen weggelassen worden sei. Dieser Grund ist zutreffend, und wird durch den erhobenen Vorwurf nicht widerlegt. (Vergl. a. a. O. Bd. 49. S. 34. 35.).

Ebenso verfehlt erscheint die fernere Rüge, daß der vorige Richter den §. 10. Nr. 5. des Gesetzes vom 11. Juli 1845 verletzt habe, weil er den gegen die formelle Gültigkeit der Notariats-Verhandlung vom 3. April 1865 erhobenen Einwand, daß die Zeugen selbst und nicht der Notar für sie die in jener Gesetzesstelle vorgeschriebene Versicherung abgegeben habe, verworfen hat. Die betreffende Stelle der Notariats-Verhandlung lautet:

Der Dolmetscher, sowie die zugezogenen Instruments-Zeugen, sind dem Notar von Person bekannt und steht sowohl dem Dolmetscher und den Instruments-Zeugen als auch

Digitized by Google

dem Notar, wie jeder für sich versichert, keines der Verhältnisse entgegen, welche nach den §§. 5—9. und 29. des Gesetzes vom 11. Juli 1845 von der Theilnahme an dieser Verhandlung ausschließen.

Nach §. 41. des Gesetzes vom 11. Juli 1845 sind unter anderen die im §. 10. enthaltenen Bestimmungen als wesentliche Förmlichkeiten anzusehen, deren Verletzung nach §. 42. a. a. O. zur Folge hat, daß das Instrument nicht die Kraft einer Notariats-Urkunde hat. Der erwähnte §. 10. bestimmt:

„Die von den Notaren aufzunehmenden Protocolle müssen enthalten. . . . 5. die Versicherung, daß dem Notar, sowie dem zugezogenen zweiten Notar, oder den Instruments-Zeugen, keines der Verhältnisse entgegensteht, welche von der Theilnahme an der Verhandlung nach §§. 5. bis 9. ausschließen."

Das Gesetz selbst bestimmt mithin nur über den Inhalt der Versicherung, nicht aber darüber, von Wem dieselbe ausgehen soll. Auch die Materialien des Gesetzes, welche in dem in den Entscheidungen Bd. 32. S. 245. abgedruckten Erkenntnisse des Ober-Tribunals mitgetheilt sind und in welchen sich vornämlich die Gründe der Entstehung des §. 10. Nr. 5. entwickelt finden, geben keinen Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber die Abgabe jener Versicherung unbedingt und ausschließlich von dem Notar habe fordern wollen. Nach Inhalt der Materialien war die Vorschrift wegen Aufnahme der in Rede stehenden Versicherung in dem ersten, von dem Königlichen Staatsministerium vorgelegten Entwurfe des Gesetzes noch nicht enthalten. Den Anlaß zur Einschaltung derselben gab das Gutachten der Justiz-Abtheilung des Staatsrathes, in welchem zu §. 5. des Gesetzes bemerkt wurde: daß die Einwendungen, welche aus der Verwandtschaft oder Schwägerschaft des Notars mit den Contrahenten gegen eine No-

Digitized by Google

tariats-Urkunde zu entnehmen sein möchten, der ausgefertigten Verhandlung nicht anzusehen und wenn die Urkunde in entfernte Gegenden versendet werde, von einem Dritten oft gar nicht zu entdecken seien. In Folge dieser Bemerkung wurde von einem Mitgliede des Staatsrathes beantragt: den Notar, unter dem Präjudiz der Ungültigkeit der Notariats-Urkunde, zu verpflichten, jederzeit in der von ihm aufzunehmenden Verhandlung zu bescheinigen, daß zwischen ihm und den bei dem Gegenstande betheiligten Personen keines der in den §§. 9. und 10. des Entwurfes (§§. 5. und 6. des Gesetzes) bezeichneten Verhältnisse obgewaltet habe. Zur Motivirung dieses Vorschlages bemerkte der Proponent, daß auf diese Weise die Beobachtung der in den §§. 9. und 10. (des Entwurfes) aufgestellten Regeln gesichert und jeder Dritte in den Stand gesetzt werde, aus der Notariats-Urkunde selbst die Legalität in diesem Punkte zu beurtheilen. Das Plenum schloß sich dieser Proposition an und fügte hinzu: daß die von dem instrumentirenden Notar auszustellende Bescheinigung auch auf das in dem §. 13. (§. 8. des Gesetzes) berührte Verhältniß des zweiten Notars und der Zeugen ausgedehnt werde. Demgemäß wurde beim Vortrage des §. 39. des Entwurfes (§. 41. des Gesetzes), der die wesentlichen, bei Vermeidung der Nullität zu beobachtenden, Förmlichkeiten der Notariats-Urkunde aufzählt, darauf hingewiesen, daß bei dessen Ueberarbeitung noch der ad §§. 9. 10. und 13. des Entwurfes gefaßte Beschluß zu beachten sein werde, wonach es zu den wesentlichen Förmlichkeiten eines Notariats-Instrumentes gerechnet werden solle daß darin der Notar die Versicherung ausspreche, wie weder er selbst, noch die Zeugen etc. auf die in jenen Paragraphen angegebene Art bei der Sache persönlich interessirt seien. Nach diesen Erörterungen kam die Sache an die Fassungs-Commission und diese fügte dem

Digitized by Google

§. 10. des Gesetzes den Nr. 5. enthaltenen Satz zu. Hat es hiernach allerdings den Anschein, als ob bei der Berathung des Gesetzes — wie sich insbesondere aus den zu §. 39. des Entwurfes gemachten Bemerkungen ergiebt — die Absicht vorgelegen habe, die Versicherung über die Einwandsfreiheit auch der Zeugen, resp. des zweiten Notars, von dem instrumentirenden Notar zu fordern, so muß doch gerade daraus, daß trotz dieser bestimmt ausgesprochenen Absicht von der Fassungs-Commission die Bezeichnung der Person, welche die Versicherung abgeben soll, in das Gesetz nicht aufgenommen ist, — gefolgert werden, daß die Fassungs-Commission von der Ansicht des Plenums abgewichen ist und daß sie die Abgabe jener Versicherung Seitens des Notars nicht für wesentlich erachtet hat.

Für diese Auffassung spricht außerdem der Zweck der gesetzlichen Bestimmung. Derselbe ging, wie sich aus der oben mitgetheilten Entstehungsgeschichte des §. 10. Nr. 5. ergiebt, dahin: den Interessenten die möglichste Gewißheit für die Beobachtung der bezüglichen Vorschriften Seitens der bei Aufnahme der Verhandlung mitwirkenden Personen zu verschaffen und jeden Dritten in den Stand zu setzen, aus der Urkunde selbst sich zu überzeugen, daß eine Prüfung der Einwandsfreiheit der instrumentirenden Personen stattgefunden habe. Diese Prüfung wird rücksichtlich des zweiten Notars resp. der Zeugen naturgemäß nur in der Weise erfolgen können, daß den genannten Personen von dem instrumentirenden Notar die in den §§. 7. und 8. alin. 1. enthaltenen Fragen vorgelegt werden. Daß dies geschehen, ist aber aus der Verhandlung selbst in dem Falle nicht ersichtlich, wenn dieselbe nur die Versicherung des Notars enthält, daß — so viel er wisse — dem zweiten Notar, resp. den Zeugen, keines jener Verhältnisse entgegenstehe, welche

Digitized by Google

von der Theilnahme an der Verhandlung ausschließen; denn die Erklärung des Notars wird immer nur diesen negativen Inhalt haben können, da derselbe über das Nichtvorhandensein der in jenen Paragraphen aufgeführten Eigenschaften in der Person des zweiten Notars, resp. der Zeugen, aus eigener Wissenschaft keine Kenntniß haben kann. Wohl aber wird die Erörterung jener Fragen aus der Urkunde selbst ersichtlich sein, wenn die erwähnte Versicherung von den Zeugen selbst, die sie allein mit völliger Gewißheit abgeben können, abgegeben ist. Nur diese Auslegung des §. 10. Nr. 5. vom 11. Juli 1845 entspricht daher dem Zwecke jener gesetzlichen Vorschrift. (Vergl. die Rechtsfälle Bd. 4. S. 315. und das Justiz-Minist.-Blatt von 1847. S. 295. ff.)

Wenn die Verklagte zur Begründung ihrer entgegengesetzten Ansicht geltend macht, daß nur der Notar öffentlichen Glauben habe und daß er in erster Linie für die Richtigkeit der Angaben einzustehen habe, so kann zugegeben werden, daß die beabsichtigte Garantie verstärkt wird, wenn die Erklärung des Notars, als der Hauptperson, sich zugleich über die Verhältnisse der übrigen mitwirkenden Personeu verbreitet. Allein die Verklagte übersieht hierbei, daß es sich lediglich um eine formelle Bestimmung handelt, und daß die formelle Gültigkeit einer Notariats-Urkunde, von der in den §§. 41. und 42. des Gesetzes vom 11. Juli 1845 die Rede ist, davon durchaus unabhängig ist, ob eine der in den §§. 5—9. a. a. O. enthaltenen Vorschriften verletzt ist, indem z. B. eine bereits bestrafte Person dem §. 7. Nr. 2. entgegen als Instrumentszeuge fungirt hat, — wie dies in dem oben citirten Erkenntnisse des Ober-Tribunals — Entscheidungen Bd. 32. S. 245. — überzeugend nachgewiesen ist. Es hängt die formelle Gültigkeit vielmehr lediglich

Digitized by Google

davon ab, daß jene Versicherung, deren Zweck oben erörtert ist, in der Urkunde wirklich enthalten ist. Wortlaut und Zweck des §. 10. Nr. 5. sprechen mithin für die formelle Gültigkeit der Verhandlung vom 3. April 1865 als einer Notariats-Urkunde und die hiermit übereinstimmende Ansicht des Appellations-Richters enthält daher keine Verletzung jener gesetzlichen Bestimmung.

Die Verklagte rügt endlich einen Verstoß nach Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839, Verletzung der §§. 131. und 156. ff. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. bei gleichzeitigem processualischen Verstoß gegen §. 5. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 und Art. 3. Nr. 1. der Declaration vom 6. April 1839, weil der Appellations-Richter für den Fall, daß der Vertrag vom 3. April 1865 nur als ein mündlich geschlossener anzusehen sei, den Klageanspruch für begründet erachte. Dieser, übrigens bloß gegen einen nur eventuellen Entscheidungsgrund des Appellations-Richters gerichtete Angriff ist grundlos, kann jedoch nach dem Vorherigen ganz auf sich beruhen.

Somit erscheint die Beschwerde überall als hinfällig.

Digitized by Google

№ 55.

Verzugszinsen.

1) Können Verzugszinsen überhaupt abgesondert vom Capital eingeklagt werden?
2) Ist eine Klage auf Verzugszinsen jedenfalls unstatthaft, sobald über das Capital ohne Vorbehalt quittirt ist?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 843—848.

Der Beklagte hat in den Jahren 1848 bis 1861 Waaren von der klägerischen Handlung entnommen, welche specificirt in der, in sofern nicht bemängelten, der Klage beigefügten Rechnung, aufgeführt sind, und nach Abzug zweier, von dem Verklagten bestrittener Posten, an Fracht von 3 Thlr. und 11 Sgr. noch einen Rest von 25 Sgr. ergeben, der dem Kläger mit Zinsen vom 11. Juni 1863, zu sechs Procent, in erster Instanz rechtskräftig zuerkannt ist. In einem besonderen Schriftstücke stellte Klägerin eine Zinsberechnung in Ansehung der gedachten Waarenposten, welche auf neunmonatlichen Credit verkauft seien, auf und forderte hier den Betrag von 55 Thlr. 25 Sgr. Verklagter bestritt die Zulässigkeit dieser erst nach 18 Jahren und in Gefolge des Abbruchs der Geschäftsverbindung mit der Klägerin, aufgestellten selbstständigen Zinsenrechnung. Er wendete ein, es sei über die ein-

Digitized by Google

zelnen Beträge der Facturen — was durch eine Menge Rechnungen und Quittungen belegt wurde — größtentheils von dem Reisenden der klägerischen Handlung, zum Theil von dieser selbst, ohne Vorbehalt quittirt, wobei die Differenz der Fakturen- und Quittungs-Preise sich durch die Rückgabe der zu einem üblichen Preise in Rechnung gestellten Gebinde, worin die gekauften Spirituosen sich befunden, erkläre. Auch berief er sich auf ein Schreiben der Klägerin vom 1. März 1865, worin aus den Büchern ein Saldo von 4 Thlr. 8. Sgr. 6 Pf. gefordert wird, da Parteien nicht in Geschäftsverbindung mehr stehen. Dies und die Abzüge im Conto-Current ergäben, daß Klägerin über das Capital ohne Vorbehalt quittirt habe. — Die Klägerin hat dies Schreiben recognoscirt, sonst über die Quittungen keine Erklärung abgegeben und als in zweiter Instanz die Originale producirt wurden, sich darüber die Erklärung vorbehalten, doch bestritten, ohne Vorbehalt über das Capital quittirt zu haben, und die rechtliche Begründung ihrer Zinsenforderung aufrecht erhalten.

Ohne Beweisaufnahme hat das Kreisgericht zu Grünberg am 24. November 1866 die Klage auf die 55 Thlr. 25 Sgr. Zinsen abgewiesen. Es nahm an, daß eine besondere Klage auf Verzugszinsen, ohne Capitalsklage, nach §. 845. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. und den Motiven des Plenarbeschlusses vom 13. September 1845, (Entscheid. Bd. 11. S. 1.) wie im gemeinen Rechte, unstatthaft sei. Außerdem fand es in dem Schreiben vom 1. März 1865, lautend:

> daß der Saldo-Vortrag des Verklagten in Höhe von 4 Thlr. 8 Sgr. 6 Pf. noch nicht erledigt sei, und verlange die Erfüllung dieser Forderung,

ein zwar nicht ausdrückliches aber zweifelfreies schriftliches Bekenntniß, daß Klägerin wegen ihrer Forderungen bis auf

Digitized by Google

den angegebenen Rest befriedigt worden, dadurch sei nach § 845. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. die Forderung der Verzugszinsen ausgeschlossen.

Klägerin appellirte. Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Glogau hat am 6. April 1867 abändernd den Verklagten auch wegen der Zinsforderung von 55 Thlr. 25 Sgr. verurtheilt. Der Richter hielt sowohl die separate Klage auf Verzugszinsen für statthaft; sofern das Capital nicht eingeklagt gewesen sei, und erachtete außerdem unter der letzteren Voraussetzung die geschehene Quittung ohne Vorbehalt über das Capital für kein Hinderniß gegen die Einklagung der Verzugszinsen.

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Verklagten hat der vierte Senat des Ober-Tribunals am 10. December 1867 das zweite Urtel vernichtet und in der Sache noch über die Authenticität der Einzel-Quittungen Beweisaufnahme angeordnet, aus folgenden

Gründen.

Die Klägerin fordert einen auf 25 Sgr. ermäßigten Restbetrag eines der Klage beigefügten Waaren-Conto's, das mit dem 21. Juli 1848 beginnt und Februar 1863 endigt, zugleich einen separat berechneten auf alle Posten des Conto's bezüglichen Zinsenbetrag von 55 Thlr. 25 Sgr. Der erste Richter hat abgewiesen, eines theils, weil er eine separate Klage auf Verzugszinsen für unstatthaft hält, anderntheils, weil über das Capital ohne Vorbehalt quittirt sei.

Daß hier von Verzugszinsen die Rede ist, und die Zinsen diesen Charakter nicht dadurch verlieren, daß es Zögerungszinsen von Kaufgeldern sind — §§. 109. 227. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. — bedarf keiner Ausführung. Hat der zweite Richter in seiner Schlußbemerkung durch die Allegirung der §§. 109. 227. l. c. die Anwendbarkeit der §§. 845. ff.

Digitized by Google

a. a. O., ausschließen wollen, so würde er dadurch diese Gesetze verletzt haben.

Dagegen würde an und für sich wohl nicht anzunehmen sein, daß die Zinsenforderung hier als eine selbstständige von der Capitalforderung unabhängige anzusehen sei, da ein, wenn auch geringer, Capitalbetrag mit eingeklagt worden, also der Satz, daß formell Verzugszinsen überhaupt nicht selbstständig vom Capital eingeklagt werden dürfen, hier bei freier Beurtheilung keine Anwendung finden könnte. Indessen kann dies auf die Beurtheilung der Nichtigkeits-Beschwerde keinen Einfluß haben, weil der zweite Richter hiervon nicht ausgeht, sondern das in dem gedachten Satze beruhende Abweisungs-Motiv des ersten Richters deshalb verwirft, weil er jenen Satz für unrichtig erklärt. Dies ist nicht gerechtfertigt und widerspricht dem §. 845. Thl. I. Tit. 11. A. L. R.

Der zweite Richter hat diese Gesetzesstelle bloß auf den Fall limitiren wollen, daß ein Capitalsrückstand mit oder ohne Verzugszinsen vorher eingeklagt gewesen und nur ein Anspruch auf Verzugszinsen erhoben worden. Er hat dabei aber den eigentlichen Grund und die Bedeutung dieser Vorschrift, wie sie in den Motiven des Plenarbeschlusses vom 12. September 1845, sowie in verschiedenen anderen Entscheidungen z. B. Entscheid. Bd. 26. S. 270. und Bd. 9. S. 225. entwickelt worden, hier sowohl, als bei dem zweiten Abweisungs-Motiv des ersten Richters, dem aus der Quittung ohne Vorbehalt entnommenen Motiven, ganz ungewürdigt gelassen. Denn auch rücksichtlich dieses zweiten Motivs faßt der Richter die Vorschriften §§. 843—848. Thl. I. Tit. 11. A. L. R., lediglich dem Wortlaute folgend, dahin auf, daß eine Quittung über das Capital ohne Vorbehalt nur bei den vorbedungenen Zinsen unbedingt, bei den Ver-

Digitized by Google

zugszinsen aber nur dann einen Anspruch ausschließe, wenn das Capital eingeklagt gewesen. Da beide Fragen, welche hier zur Entscheidung kommen, in dem Zusammenhange der allegirten Vorschriften ihre Beantwortung finden müssen, so wird es zweckmäßig sein, die Erörterung zusammenzufassen, wobei auf die näheren Ausführungen in der Judicatur des Ober-Tribunals zu verweisen sein wird.

Vorbedungene wie Verzugszinsen haben zwar beide den Charakter als accessiones des Kapitals, unterscheiden sich aber dadurch, daß die causa der ersteren in einem Vertrage beruht, also auch auf Grund dieses Vertrages selbstständig verfolgbar ist, während bei den letzteren eine rechtswidrige Handlung, nämlich die mora des Schuldners den gesetzlichen Verpflichtungsgrund bildet, der also mit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in einem unmittelbaren Zusammenhange steht.

Die Vorschrift des §. 843. Thl. I. Tit. 11.

Ist über das Kapital selbst ohne Vorbehalt quittirt worden, so sind die vorbedungenen Zinsen für bezahlt oder erlassen zu achten

statuirt eine in der Sache liegende praesumtio hominis und erhebt sie mit vollem Rechte zu einer praesumtio juris et de jure. Denn da der Gläubiger nach §. 153. Thl. I. Tit. 16. A. L. R. die Zahlung auf die verfallenen Zinsen verrechnen konnte, so ist anzunehmen, daß wenn er dessenungeachtet auf das Capital quittirt, entweder keine Zinsen rückständig waren, oder erlassen werden sollten. Es springt nun in die Augen, daß jener Unterschied der vorbedungenen und Verzugszinsen, welcher in ihrer rechtlichen causa liegt, bei dieser Frage nicht in Betracht kommt. Denn mag der Rechtsgrund im Gesetze oder im Vertrage liegen: immer mußten die Zinsen zur Zeit der Zahlung bezahlt werden, und jene Präsumtion greift um

Digitized by Google

so viel mehr Platz bei denjenigen Zinsen, welche erst in der nicht zeitigen Erfüllung ihren Rechtsgrund finden. Dies ist bisher auch stets angenommen worden — vergl. Bornemann System Bd. 2. S. 329. — (schon in der ersten Auflage) und in der Sache Entscheid. Bd. 9. S. 225. abgedruckt, aus welcher das Präjudiz Nr. 1336 herrührt:

> Verzugszinsen, die nicht auf einem Urtheil beruhen, können nicht nachgefordert werden, sobald über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt worden, mag über die Zahlung des Kapitals ein Erkenntniß ergangen sein oder nicht.

Der §. 844. hat die Präsumtion in Betreff der Verzugszinsen nur dann nicht eintreten lassen, wenn sie vom Richter zuerkannt sind, indem das Judicat dann als eine eigene Quelle der Zinsenforderung angesehen wird. Sagt nun aber ferner §. 845.:

> Verzugszinsen, auf welche der Richter nicht erkannt hat, können auch vom Tage des ergangenen Urtheils an, nicht nachgefordert werden, sobald über das Capital ohne Vorbehalt quittirt ist,

so folgt daraus, daß um so viel mehr die Quittung ohne Vorbehalt über das Capital den Anspruch auf die Verzugszinsen ausschließen muß, wenn der Gläubiger nicht einmal ein Urtheil in Ansehung des Capitals erlangt, ja zu einer Einklagung desselben, eben weil es bezahlt worden, keinen Anlaß gehabt hatte. Das „auch" im §. 845. drückt dies sehr bezeichnend aus. Auch in dem unten noch zu erwähnenden Urtheile des ersten Senats vom 14. März 1862 ist dies in Uebereinstimmung mit den Gesetz-Revisoren Pens. XIV. Motive S. 155. ff. dahin ausgesprochen worden,

> daß in dem Gegensatze des §. 844., als sich von selbst verstehend, habe ausgedrückt werden sollen, daß dasselbe, was in dem §. 843. von den vorbedungenen Zinsen ge-

Digitized by Google

sagt worden, auch von den Verzugszinsen gelten soll, daß also auch durch eine ohne Vorbehalt über das Kapital ausgestellte Quittung der Anspruch auf Verzugszinsen erlösche und die Abweichung und Ausnahme hiervon nur rücksichtlich der rechtskräftig erkannten Verzugszinsen in §. 844 habe angeordnet werden sollen.

Das von dem zweiten Richter bei dem zweiten Abweisungs-Motiv allegirte Urtheil des vierten Senats vom 23. Februar 1860 — Archiv für Rechtsfälle Bd. 36. S. 298. — hat sich zwar in dem letzten Theile des vorletzten Satzes einigermaßen Zweifel erregend ausgedrückt, indem es sagt, daß „ein Erlaß oder eine Verzichtleistung auf Verzugszinsen eben nur in den hier nicht vorliegenden Fällen der §§. 844—846. a. a. O. anzunehmen ist.“ Diese als Gegensatz hingestellte Bemerkung trifft aber nicht den damals vorliegenden Fall. Damals handelte es sich nur davon, ob einem Contocurrent in Ansehung der darin aufgeführten Posten die rechtliche Eigenschaft einer Quittung beizulegen sei und zwar einer Quittung ohne Vorbehalt. Die in der angeführten gleichförmigen Judicatur des Ober-Tribunals entwickelte Auslegung der §§. 844. ff. war nicht zu entscheiden.

Die Vorschrift des §. 845., so wie die ganze Folge dieser allerdings nicht sehr klaren Sätze wird aber erst recht deutlich von dem Gesichtspunkte aus, welcher in den Motiven des Plenarbeschlusses vom 12. September 1845 ausführlich entwickelt ist. Das Gewicht liegt in der That hierbei nicht auf der bei dem Plenarfalle vorliegenden von den Herausgebern in der Note hervorgehobenen Eventualität, daß der Nachforderung der Verzugszinsen eine Einklagung des Kapitals vorhergegangen, sondern auf der Erwägung, daß das Allg. Landrecht die Grundsätze des gemeinen Rechts über die Einklagbarkeit der Verzugszinsen adoptirt und durch die

Digitized by Google

§§. 845. und 848. controverse Punkte in dieser Materie entschieden habe. Die Entwickelung des Plenarbeschlusses läßt sich dahin resumiren. Eben weil die Materialien des Allg. Landrechts keine Quelle für die speciellen Entscheidungen der §§. 843. ff. an die Hand geben, und weil der Inhalt dieser Paragraphen sich an das gemeine Recht und darin bestehende Controversen völlig anschließt, muß angenommen werden, daß das Allg. Landrecht die Grundsätze des gemeinen Rechts als Ausgangspunkt genommen hat. Nach diesen konnten Verzugszinsen überhaupt nicht selbstständig eingeklagt werden:

> cum haec non sint in obligatione sed officio judicis praestentur (l. 19. §. 1. Dig. de actionibus emti et venditi 19. 1.).

Daß diese Anschauung der Verzugszinsen als Accessorium der Klage bei den Redactoren herrschend gewesen, das ergiebt sich namentlich aus dem §. 58. Thl. I. Tit. 23. der A. G. O., welcher unter Allegirung der §§. 845—848. l. c. dem Richter die Pflicht auflegt, von Amtswegen auf gesetzliche Zinsen zu erkennen, wobei er jedoch die Anträge des Petenten nicht überschreiten darf. Der Fall, daß Verzugszinsen, abgesondert vom Capital, d. h. also nach getilgtem Capital, eingeklagt worden, ist also als etwas nicht Statthaftes der Regel nach vorausgesetzt, mag nun der Gesetzgeber hierbei sich unbewußt und ohne Weiteres an das geltende Recht gehalten haben, oder mag er ebenfalls einem nicht unbegründeten Motive natürlicher Billigkeit gefolgt sein. Nun ist die Wirkung eines Judicats auf die Verzugszinsenforderung zu betrachten, welche natürlich eben jener Regel nach nur gleichzeitig mit dem Capital, als dessen Accessorium Gegenstand richterlicher Cognition werden kann, sei es officio judicis, sei es weil Verzugszinsen verlangt worden. Nicht

Digitized by Google

streitig bei den gemeinrechtlichen Juristen war, daß zuerkannte Verzugszinsen ex causa judicati mit einer besonderen Klage verfolgt werden konnten. Das erkennt der §. 844. implicite an, und giebt hier dem Judicate noch eine Wirkung, welche neben demselben sogar eine Quittung über das Capital ohne Vorbehalt und eine Rückgabe des Schuldscheins nicht als Erlaß-Präsumtion in Betreff der judicatmäßigen Verzugszinsen zuläßt. Das Judicat über das Capital begründet vom Tage, da es ergangen, selbstständig eine mora: ob aber diese mora, wenn nicht im Urtheil Verzugszinsen zuerkannt worden, durch eine neue Klage auf Verzugszinsen geltend gemacht werden könne, darüber hatte sich eine in der Auslegung der l. 13. Cod. de usuris (4. 32.) wurzelnde Controverse erhoben. Diese entscheidet im Sinne der Zulässigkeit der §. 845, giebt aber in diesem Falle der Quittung über das Capital ohne Vorbehalt, wie in §. 843. die Wirkung, daß die Forderung der Zinsen ausgeschlossen ist, und zwar allgemein, wie dies das Wörtchen, „auch" klar ergiebt. Dies ist aber auch in Betreff der vor dem Judicat erwachsenen Verzugszinsen ganz consequent. Denn entweder waren sie im Processe gefordert und sind aberkannt, resp. was dem nach §. 848. gleichsteht, übergangen, oder sie waren nicht gefordert, und auch nicht officio judicis nach §. 58. Thl. I. Tit. 23. A. G. O. vom Richter zugesprochen. In dem letzteren Falle würde eine Nachforderung durch das Judicat nicht verwehrt sein: sie kann aber nach der allgemeinen Regel nur gleichzeitig mit dem Capitale geschehen, sie ist also ausgeschlossen, wenn das Capital getilgt, wenn ohne Vorbehalt darüber quittirt ist; eben weil eine selbstständige Klage auf Verzugszinsen nicht statthaft ist. Hätte der Gläubiger nur etwa eine dem Betrage des Capitals gleichstehende Summe angenommen, ohne daß feststände

Digitized by Google

daß sie als Zahlung des Capitals angenommen sei, so würde dies der Nachforderung der Zinsen nicht entgegenstehen, diese dann aber dennoch nur zusammen mit dem Capitalreste nach dem allgemeinen Grundsatze angestellt werden können.

Hieraus erhellet denn, daß in der That die Existenz des Judicats über das Capital, wenn dasselbe den Anspruch auf Verzugszinsen nicht absolut ausschließt, unmöglich einen Einfluß haben kann auf die Frage, ob separate Nachforderung der Zinsen regelmäßig zulässig sei. Ist sie dies, so kann das Judicat auch darin nichts ändern, ist sie es nicht, so muß es auch gleichgültig sein, ob ein Judicat ergangen war, oder nicht.

Die ganze Ausführung des Plenarbeschlusses zeigt dies, insbesondere die Stelle S. 15. wo es heißt:

> Denn, wie oben gezeigt, lag der Grund, weshalb nicht geforderte Zinsen nicht nachgefordert werden dürfen, darin: weil die Gesetze die Geltendmachung von Verzugszinsen überhaupt nur mit der Hauptklage gestatten.

Nimmt man dies Motiv hinweg, so wird die ganze Deduction einen rechten Halt nicht mehr haben.

Uebrigens ergeben vorstehende Erwägungen schon, daß eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger hier aus einer anscheinenden Formular-Jurisprudenz nicht entsteht. Er darf nur die Quittung ohne Vorbehalt über das Capital vermeiden, dann bleibt ihm sein Anspruch unverschränkt. Die Wirkung eines ausdrücklichen Vorbehalts der Zinsen in der Klage auf das Capital, welche das Präjudiz Nr. 2474 (Entscheid. Bd. 26. S. 270.) mit Recht nicht zulassen will, steht in vorliegendem Falle nicht in Frage. Eben so wenig kommt es auf die Frage an, welche in der Entscheidung des ersten Senats vom 14. März 1862 (Archiv Bd. 45. S. 431.) vorlag: ob nämlich der Vorbehalt der Verzugszinsen in der Quittung über

Digitized by Google

das Capital für zulässig zu halten? denn Vorbehalte dieser Art liegen hier nicht zur Beurtheilung vor, daher kann auch die Richtigkeit der näheren Begründung des gedachten Falles dahin gestellt bleiben.

Hiernach würde schon die Entscheidung rücksichtlich des ersten Abweisungs-Motivs zur Erheblichkeit der Nichtigkeits-Beschwerde führen, wenngleich aus der Eingangs bemerkten Rücksicht dieses Motiv zur Sache selbst nicht Platz greifen konnte, weil ein Capitalrest mit eingeklagt ist.

Aber — und dies ist ein selbstständiger Grund der Vernichtung — auch das zweite Motiv ist, wie vorstehende Ausführung zeigt, unrichtig beurtheilt. Zwar hängt es von einer thatsächlichen Würdigung ab, ob in dem Briefe vom 1. März 1865, welcher von dem Verklagten noch 4 Thlr. 8 Sgr. 6 Pf. als Saldo fordert, eine Quittung ohne Vorbehalt über die vorhergehenden Rechnungsposten zu finden sei. Allein der Verklagte hat die Facturen sämmtlicher in dem Contocurrent stehender Posten beigebracht und darunter stehende Quittungen, welche in der Summe lediglich wegen der abgerechneten Gebinde eine Differenz ergeben, die sich nach der Behauptung des Verklagten durch die geschehene Rückgabe der Gebinde aufklärt. Auf den Beweis über die Authenticität dieser Quittungen geht der Richter bloß deshalb nicht ein, und gelangt zur Verurtheilung des Verklagten, weil er einer vorbehaltlosen Quittung über das Capital rücksichtlich des Wegfalls der Verzugszinsen keine Wirkung beilegt, was eine Verletzung der §§. 844. 845. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. enthält.

In der Sache selbst ist das erste Motiv des ersten Richters aus den bereits dargelegten Gründen hinfällig.

In Ansehung des zweiten Motivs kann der Ansicht, daß in dem Schreiben von 1865 eine Quittung darüber zu

Digitized by Google

finden sei, daß die Klägerin wegen der dem Saldo von 4 Thlr. 8 Sgr. 6 Pf. vorhergehenden Posten befriedigt worden, nicht beigetreten werden. Denn Klägerin fordert in dem Briefe vom 1. März 1865 eine Restsumme als Saldo-Vortrag. Verklagter hat dieselbe nicht bezahlt. Klägerin konnte daher ihre Forderung anderweit aufstellen und erhöhen, wie es in der Klage geschehen ist, ohne daß eine Quittung ohne Vorbehalt in jenem Briefe gefunden werden konnte.

Dagegen liegt eine solche allerdings in denjenigen Quittungen, welche der Verklagte beigebracht hat, und die theils von dem Reisenden der Klägerin, der zur Annahme von Zahlungen ermächtigt war, wie Klägerin einräumt, theils von Klägerin selbst ausgestellt sein sollen. Die Postensummen stimmen mit der eigenen Rechnung der Klägerin, und die nach einem Vermerke am Fuße einiger Rechnungen zurückzugebenden Gebinde hat die Klägerin selbst retour gerechnet, macht überhaupt deshalb keine Ansprüche. Die Quittungen stehen unter den Rechnungen und sind beziehungsweise auf einen Rechnungssaldo ad 82 Thlr. 29 Sgr. geschehen. Die letzte Quittung befindet sich unter dem letzten Posten ad 40 Thlr. 20 Sgr. Factura vom 4. Februar 1863. Vorbehaltlos also sind, wenn diese Quittungen richtig sind, namentlich wenn die letzte Quittung richtig ist, die Zahlungen auf die in Rechnung gestellten Waaren geschehen und angenommen worden. Ein Zinsenanspruch wurde niemals gemacht.

Die Authenticität der Quittungen vorausgesetzt, ist also nach §§. 843 — 845. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. der Anspruch nicht begründet. In dieser Hinsicht war daher zu resolviren.

Digitized by Google

Die im 58. Bande S. 100. enthaltene Entscheidung des dritten Senats des Ober-Tribunals weicht hinsichtlich der einen, übrigens für die materielle Entscheidung der vorliegenden Sache nicht durchgreifenden Frage, ab. Sie war zur Zeit der Erlassung des Urtels vom 10. December dem vierten Senate noch nicht bekannt und es werden die beiden verschiedenen Ausführungen der wichtigen Controverse jedenfalls von Interesse sein.

№ 56.

Gültigkeit eines im Auslande errichteten Testamentes eines Inländers.

Gilt die Rechtsregel: locus regit actum, auch für letztwillige Verordnungen, welche von einem Inländer, der seinen Wohnsitz im Gebiete des Allgemeinen Landrechts hat, im Auslande errichtet worden sind?

A. L. R. Einleitung §§. 23. 33. Thl. I. Tit. 3. §. 42. Tit. 5. §§. 111. 148. Tit. 12. §§. 100—103. 107—109. 139.

A. G.-O. Thl. I. Tit. 10. §. 115.

Staatsverträge zwischen Preußen und Staaten des ehemaligen Deutschen Bundes, Ges.-Samml. 1824. S. 149.,

Digitized by Google

1832 S. 105. 1834 S. 9. u. 124. 1839 S. 353., 1840 S. 250., 1842 S. 1. 1844 S. 1., 1845 S. 819., 1852 S. 125., 1853 S. 465., 1857 S. 289. — 1858 S. 341., 1859. S. 221., 1861 S. 833.

Patente vom 9. September 1814 (Ges. S. S. 89.), vom 9. November 1816 (Ges. S. S. 217. 223.) und vom 21. Juni 1825) Ges. S. S. 153.)

Gesetz vom 3. April 1823 §. 1. (Ges. S. S. 40.)

Entscheidungen Bd. 35. S. 368. ff.

Der Preuße, Ferdinand L., welcher in Berlin sein Domicil hatte, ist am 31. August 1864 in Genf gestorben, nachdem er dort am 27. August 1864 ein holographisches Testament errichtet und in demselben seine Mutter, die Wittwe L., geborne H., zu Breslau zu seiner alleinigen Erbin ernannt und verschiedene Vermächtnisse ausgesetzt hatte, darunter zwei Geldrenten dem Schwertarbeiter Eduard W. In dem von letzterem gegen die Wittwe L. auf Zahlung der bereits fälligen, sowie auf Sicherheitsbestellung wegen der künftig fällig werdenden Raten der ihm legirten Renten, gerichteten Processe hat die Verklagte unter Anderm eingewendet, daß die von ihrem Sohne, der im Inlande seinen Wohnsitz unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts gehabt habe, in Genf errichtete letztwillige Disposition, nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts als kein formell gültiges Testament anzusehen sei, und daß deshalb W. daraus überhaupt keine Rechte für sich ableiten könne. Sie ist jedoch, unter Verwerfung auch dieses Einwandes, durch die gleichlautenden Erkentnisse des Stadtgerichts zu Berlin vom 8. November 1866 und des Kammergerichts vom 27. Mai 1867 nach den Anträgen des Klägers verurtheilt, und die von ihr ge-

Digitized by Google

gen das Appellations-Urtel noch eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 23. März 1868 zurückgewiesen worden und zwar, soweit es sich um den erwähnten Einwand handelt, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter stützt zunächst seine Entscheidung darauf, daß die holographische Form des von L. zu Genf errichteten Testaments nach dem dort geltenden französischen Rechte zu beurtheilen sei, obwohl derselbe zu Berlin seinen Wohnsitz gehabt habe, wendet also die Regel: locus regit actum, auf die Form der Testamente an.

Implorantin rügt Verletzung des §. 23. der Einleitung, der §§. 100—103. 107—110. 139. Tit. 12. Thl. 1. des A. L. R. und des Rechtsgrundsatzes:

> Ein im Nachlasse eines im Geltungsbereiche des Preußischen Allgemeinen Landrechts domicilirenden, aber im Auslande verstorbenen Preußen vorgefundenes, als Testament bezeichnetes Schriftstück des verstorbenen, ist für ein formell gültiges Testament nur dann zu erachten, wenn dasselbe den Formvorschriften des Allgemeinen Landrechts über die Errichtung der Testamente entspricht;

sowie durch unpassende Anwendung des Rechtsgrundsatzes: locus regit actum, und der Art: 969. 970. des Code civil.

Diese Rügen sind jedoch nicht begründet.

Darüber waltet in der Theorie, wie in der Praxis, kein Streit ob, daß die auf einer allgemeinen Gewohnheit beruhende gemeinrechtliche Regel: locus regit actum, durch keinen entgegengesetzten allgemeinen Rechtsgrundsatz des Allgemeinen Landrechts aufgehoben worden ist. Allerdings enthält dasselbe keine diese Regel ausdrücklich bestätigende Satzung. Allein, wie von Löwenberg, Motive ꝛc. I. S. 28—32.

Digitized by Google

aus den Materialien des Allg. Landrechts bereits nachgewiesen ist, rechtfertigt sich die Annahme, daß die Aufnahme einer diesfälligen Bestimmung in das allgemeine Landrecht, deren Fehlen monirt war, in Folge der Bemerkung von Suarez: die Form eines jeden Geschäfts ist nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo es vollzogen worden, für unnöthig erachtet und weil „überflüssig" unterblieben sei. Auch hat dieser Grundsatz im A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 111. 148. für Verträge, namentlich über bewegliche Sachen, ausdrückliche Anerkennung gefunden, und ist nicht minder allgemein anerkannt in der, keine bloße Beweis- sondern eine materielle Rechtsregel enthaltenden, Bestimmung der A. G. O. Thl. I. Tit. 10. §. 115., wonach der Streit über die Gültigkeit einer Urkunde in Ansehung der Form nach den Gesetzen des Orts, wo dieselbe verbindliche Kraft erhalten habe, und nicht nach den davon abweichenden Gesetzen des Orts, wo der Proceß schwebe, entschieden werden soll.

Bedenken sind dagegen darüber angeregt worden, ob die nach den Zeugnissen von

Glück', Commentar, I. S. 291.

Wächter, Archiv für Civ. Pr. XXIV. S. 304. XXV. S. 368. 371. 375—377., 382,

v. Savigny, System VIII. S. 355. 356.

Bar, internation. Privat- und Strafrecht §. 109. S. 394—397.

unzweifelhaft in Betreff der Form letztwilliger Verfügungen geltende gemeinrechtliche Regel: locus regit actum, nach den im Allgemeinen Landrechte für die Form der Verordnungen von Todeswegen enthaltenen Vorschriften auf die von einem im Gebiete seiner Herrschaft wohnenden Inlän-

Digitized by Google

der im Auslande errichteten Testamente ebenfalls anwendbar sei?

Diesseits ist bereits in dem auch vom Appellations-Richter angezogenen Erkenntnisse vom 3. April 1857 (Entscheid. Bd. 35. S. 368. ff.) angenommen worden, daß die Regel: locus regit actum auch rücksichtlich der Form der Testamente von unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts domicilirenden und verstorbenen Preußen anwendbar sei. Und zwar unter Hinweisung auf die Bestimmungen des Allg. Landrechts §. 33. der Einleitung und Thl. I. Tit. 3. §. 42. und abgesehen von den oben bereits angeführten Gründen, welche dafür sprechen, daß eine Aufhebung der gedachten Regel im Allgemeinen Landrecht nicht beabsichtigt sei, auch deshalb, weil dieselbe als unzweifelhaft geltende nach den Motiven zum Gesetz vom 3. April 1823 angesehen worden sei, — (Löwenberg a. a. O. S. 44—48.) und im §. 1. dieses Gesetzes ausdrückliche Anerkennung gefunden habe.

Hierzu tritt übrigens noch, daß der Rechtsregel: locus regit actum von der Preußischen Gesetzgebung durch die zwischen Preußen und verschiedenen Staaten des ehemaligen deutschen Bundes wegen gegenseitiger Gerichtsbarkeits-Verhältnisse resp. zur Beförderung der Rechtspflege abgeschlossenen Staatsverträge:

(Ges. S. 1824 S. 149., 1832 S. 105., 1834 S. 9. und 124., 1839 S. 353., 1840 S. 250., 1842 S. 1., 1844 S. 1., 1845 S. 819., 1852 S. 125., 1853 S. 465., 1857 S. 289., 1858 S. 341., 1859 S. 221., 1861 S, 833.)

die allgemeinste und durchgreifendste Anerkennung zu Theil geworden ist. Denn dieselben enthalten gleichmäßig die Bestimmung:

Digitized by Google

Alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall werden, was die Gültigkeit derselben rücksichtlich ihrer Form betrifft, nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, wo sie eingegangen sind. Wenn nach der Verfassung des einen oder des anderen Staats die Gültigkeit einer Handlung allein von der Aufnahme vor einer bestimmten Behörde in demselben abhängt, so hat es auch hierbei sein Bewenden.

Diese Vorschrift läßt sich aber nicht als eine neu erfundene aus Gefälligkeit gegen Nachbarstaaten resp. aus Gründen des öffentlichen Rechts statuirte Satzung auffassen, sondern nur — zum Zwecke der Abschneidung jeden Zweifels — als Ausdruck der Anerkennung eines allgemeinen Rechtsprincips nämlich der uralten Regel des internationalen Privatrechts: locus regit actum. Es kann deshalb für den vorliegenden Fall auch darauf nicht ankommen, daß dergleichen Verträge nicht auch mit der Schweiz abgeschlossen sind.

Die Ansicht, daß die Anwendbarkeit dieser Regel auf die Form der Testamente durch das Allgemeine Landrecht nicht ausgeschlossen sei, haben bereits vor Abfassung des diesseitigen Präjudicats vom 3. April 1857 vertheidigt:

Temme in Hinschius, Juristische Wochenschrift 1842 S. 250. ff., 265. ff., der übrigens später in derselben Wochenschrift 1845 S. 49. ff. seine Meinung geändert hat.

Löwenberg, Motive I. S. 1. ff.

v. Savigny, System VIII. S. 364. ff.

Bornemann, Systematische Darstellung I. §. 36. Note. ***

Bornemann, Erörterungen I. S. 78. 82. 126.

und später haben sich ebenfalls noch für dieselbe ausgesprochen:

Heydemann Einleitung in das System des Preußischen

Digitized by Google

Civilrechts I. S. 108—110. Förster, Theorie und Praxis I. §. 11. S. 48. 55. 60.

Dagegen hat Koch, Commentar zum Allg. Landrecht Bd. I. Einleitung §. 23., Note 30. S. 47., §. 33. Note 44. S. 60. 61. IV. an der entgegengesetzten, auch v. Daniels, Lehrbuch des gemeinen Preußischen Privatrechts I. S. 153. getheilten Meinung festgehalten und außerdem hat die gedachte Entscheidung in soweit, als darin die Unanwendbarkeit der Regel locus regit actum, auch in dem Falle, wo ein seinem Domicil nach der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts unterworfener Preuße, welcher außerhalb dessen Gebiets testirt hatte, nicht auswärts, sondern erst mehrere Jahre nach der Rückkehr in dasselbe gestorben war, angenommen worden ist, im Anschlusse an die dieserhalb bereits von Hinschius a. a. O. S. 272., von Rintelen in den v. Kamptzschen Jahrbüchern XXX. S. 95. und in Bornemann's Erörterungen I. S. 83. 84. angeregten Bedenken in Gruchot's Beiträgen III. S. 119. Widerspruch erfahren. Auf die für einen Fall der erwähnten Art geäußerten Bedenken näher einzugehen, liegt hier keine Veranlassung vor, da der Testator L. in Genf, wo er das hier in Rede stehende Testament am 27. August 1864 errichtet hatte, am vierten Tage darauf auch gestorben ist. Die diesfälligen, auf andere thatsächliche Voraussetzungen sich beziehenden Deductionen der Implorantin sind daher auf den vorliegenden Fall nicht zutreffend, und ebenso unrichtig und dem Inhalte der Gründe des Präjudicats vom 3. April 1857 direct widersprechend ist ihre weitere Ansicht, daß der darin ausgesprochenen Anwendbarkeit der Regel: locus regit actum, keine entscheidende, sondern eine nur adminiculirende Bedeutung beizulegen sei. Im Gegentheil stellen die Entscheidungsgründe den Satz, daß diese Regel nach der altländischen Preußischen Gesetzgebung

Digitized by Google

auch auf die im Auslande errichteten Testamente Anwendung finde, an die Spitze, bezeichnen den Umstand, daß es sich (damals) nicht um ein von einem Inländer im Auslande, sondern im Bezirke des Appellations-Gerichts zu Cöln, wo ner auch seinen Wohnsitz gehabt, errichtetes Testament handle, als einen den bisher angeführten Argumenten „hinzutretenden", und führen sodann noch aus, daß die Anwendbarkeit der erwähnten Rechtsregel auch dadurch, daß der Testator später seinen Wohnsitz in das Gebiet des altländisch preußischen Rechts verlegt habe und unter dessen Herrschaft gestorben sei, nicht ausgeschlossen werde.

Nicht minder unzutreffend ist alles das, was Imploranti in zur Widerlegung des Hauptentscheidungsgrundes des Appellations-Richters daraus herleiten will, daß der Aufenthalt des L. im Auslande ein freiwilliger gewesen sei und kein Grund vorliege, Preußen, die ins Ausland reisen, ohne vorher im Inlande ihre Privatangelegenheiten auf den Todesfall zu ordnen, resp. nach dessen Formvorschriften zu testiren, besonders zu Hülfe zu kommen. Denn ganz abgesehen davon, daß die diesfälligen Deductionen lediglich die nebenbei noch gemachten Bemerkungen des Appellations-Richters: die Gesetze legten jedem Menschen das Recht bei, zu jeder Zeit testiren zu dürfen, ein Preuße würde im Auslande, wo die nach Preußischem Recht vorgeschriebene Form nicht beobachtet werden könne, aber gar nicht testiren können, eine Argumentation, deren Richtigkeit in solcher Allgemeinheit sich allerdings bezweifeln ließe, so kann, wenn die Regel: locus regit actum als allgemein geltend angenommen wird, da das Allgemeine Landrecht für deren Anwendung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Aufenthalte im Auslande keinen Unterschied macht, es darauf nicht ankommen, ob L. wider seinen Willen in G. zurückgehalten worden, oder nach Errichtung

Digitized by Google

des Testaments bis zu seinem vier Tage später erfolgten Tode freiwillig dort geblieben ist.

Es fragt sich daher nur, ob die von der Imploratin im Anschluß an die von Koch a. a. O. vertheidigte Ansicht gegen die Anwendbarkeit der mehrgedachten Regel auf von Inländern im Auslande errichtete Testamente vorgebrachten Argumente begründet erscheine? Dies läßt sich aber nicht annehmen. Der Appellations-Richter hat den §. 23. der Einleitung zum Allg. Landrecht, lautend:

> Die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen werden nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit beurtheilt, unter welcher derselbe seinen eigentlichen Wohnsitz hat,

nicht verletzt, da diese Bestimmung nur die Fähigkeit zu testiren und den Inhalt der Testamente nach den für die Erbfolge überhaupt maaßgebenden Gesetzen des letzten Domicils beurtheilt wissen will, die Frage dagegen, welche Gesetze über die Gültigkeit eines Testaments rücksichtlich seiner Form entscheiden, ganz unberührt läßt.

Auch die §§. 100—103., 107—110. Tit. 12. Thl. I. A. L. R., welche die Bestimmungen über die bei der gerichtlichen Uebergabe von Testamenten zu beobachtenden Förmlichkeiten enthalten, in Verbindung mit §. 139. a. a. O., lautend:

> Die vorstehend §§. 66—138. bestimmte Form eines Testaments ist, wo nicht bei einer oder der anderen Vorschrift die Ausnahme sogleich beigefügt worden, zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments oder Codicills dergestalt nothwendig, daß, wenn sie versäumt worden, der letzte Wille nicht bestehen kann;

sind vom Appellations-Richter nicht verletzt. Denn erkennt hiernach, wie aus den in den v. Kamptz'schen Jahrbüchern XLI. S. 77. mitgetheilten Materialien unzweifelhaft hervor-

Digitized by Google

geht, das Allgemeine Landrecht auch keine anderen Testamente als die vor einem gehörig besetzten Gerichte übergebenen oder mündlich erklärten als gültig an, so lassen sich diese Formvorschriften doch nicht für so absolut gebietende ansehen, daß sich deren zwingende Natur auch auf Testamente, welche nicht unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts errichtet worden, erstrecken müßte, und enthalten insbesondere kein Verbot der Anwendbarkeit des allgemeinen Rechtsgrundsatzes:

daß die Gültigkeit der Form einer Rechtshandlung nach den Gesetzen des Orts, wo sie vorgenommen wird, zu beurtheilen sei,

auf Testamente, die an einem nicht zum Gebiete der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts gehörigen Orte errichtet sind. Ebenso wenig steht der Ansicht von Koch zur Seite, daß die in den §§. 205—207. zugelassene privilegirte Form, zu testiren, nur für See- nicht aber auch für Land-Reisende statuirt ist. Denn daraus, daß letzteren dieses Privilegium nicht zu statten kommt, folgt noch nicht mit Nothwendigkeit, daß sie im Auslande nach den dort bestehenden Formvorschriften nicht sollen testiren können, also auch nicht die Nichtanwendbarkeit der allgemeinen Regel: locus regit actum, auf von Inländern auf der Reise im Auslande errichtete Testamente.

Nicht minder unzutreffend ist es, wenn Koch eine Bestätigung seiner Meinung in dem in den Publications-Patenten, die Einführung des Allgemeinen Landrechts in die Provinzen jenseits der Elbe, Westpreußen und Posen vom 9. September 1814 und vom 9. November 1816 enthaltenen Gebote findet, daß die bisher — während der Herrschaft des französischen Rechts — gültig gewesenen eigenhändig ge- und unterschriebenen Testamente nur noch ein Jahr nach Einführung des Allgemeinen Landrechts

Digitized by Google

als rechtsbeständig erachtet werden sollen, wofern nicht nachgewiesen werden könne, daß der Erblasser während des ganzen einjährigen Zeitraums an der Errichtung eines Testaments nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts verhindert gewesen sei. Denn ganz abgesehen davon, daß dieses Gebot in das spätere Patent über die Einführung des Allgemeinen Landrechts in das Herzogthum Westphalen ꝛc. vom 21. Juni 1825 nicht mit aufgenommen ist, der §. 18. in demselben vielmehr ausdrücklich festsetzt:

> daß die früher errichteten Testamente und letztwillige Verordnungen in Rücksicht ihrer Form durchgehends nach den Vorschriften der älteren Gesetze zu beurtheilen seien, wenngleich das Ableben des Testators erst später erfolge, —

erscheint eine Ausdehnung der Bestimmungen der erwähnten Patente von 1814 und 1816 auf Fälle, für welche sie nicht gegeben sind, in Ermangelung eines dies gestattenden Gesetzes mehr als bedenklich. Auch würde die analoge Anwendung derselben, wenn sie zulässig erachtet werden könnte, nicht dazu führen, allen von einem Inländer im Auslande in der dort vorgeschriebenen, aber von den landrechtlichen Vorschriften abweichenden, Form errichteten Testamenten überhaupt und unbedingt die Gültigkeit im Inlande abzusprechen, sondern nur weitere Erwägungen darüber, wie lange nach der Rückkehr des Testators ins Inland eine solche letztwillige Verfügung ihre Gültigkeit behalte? hervorrufen und beim Mangel positiver Vorschriften der Casuistik in bedenklicher Weise Raum und Recht gestatten.

Nach allem dem kann der von der Implorantin als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz als richtig nicht anerkannt, und eben so wenig die Rüge der Verletzung der Vorschriften des A. L. R. Einleit. §. 23. und Thl. I. Tit. 12. §§.

Digitized by Google

100—103., 107—110. und 139. für begründet, noch der dem Appellations-Richter weiter gemachte Vorwurf unpassender Anwendung der Rechtsregel: locus regit actum, und der Art. 969. und 970. des Code civil für zutreffend erachtet werden.

№ 57.

Mangel der Handzeichen eines schreibensunkundigen Testators, unter dem gerichtlich errichteten Testamente.

Wird das von einem Schreibensunkundigen gerichtlich errichtete Testament dadurch ungültig, daß der Testator zwar vor den zugezogenen Zeugen erklärt hat, daß ihm dasselbe vorgelesen worden sei und er dessen Inhalt genehmige, er aber unter das Protocoll keine Handzeichen gesetzt und auch nicht ausgesprochen hat, daß er zur Beifügung solcher Handzeichen nicht im Stande sei?

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §§. 104. 115—122. ff.
Vergl. Präjudiz 491. (Samml. der Präj. I. S. 73.)

Digitized by Google

Das von der Wittwe K. am 19. Juli 1866 gerichtlich errichtete Testament ist von einigen der eingesetzten Erben, den Geschwister N..., wegen eines angeblichen Formfehlers, als ungültig in dem gegen andere Miterben, die Brüder K., erhobenen Processe angefochten, die Kläger sind jedoch durch die Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Posen, vom 16. März 1867, und des Appellations-Gerichts daselbst, vom 4. October 1867 abgewiesen worden. Auch die von den Klägern eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der erste Senat des Ober-Tribunals unter dem 24. April 1868 zurückgewiesen.

Gründe.

Der von den Klägern gerügte Formfehler besteht darin, daß in dem gerichtlichen Protocolle vom 19. Juli 1866, nachdem die Wittwe K. ihre letztwillige Verfügung mit der Erklärung geschlossen, „daß sie nichts weiter zu verordnen habe," der nachstehende Satz zwar niedergeschrieben worden ist:

> Da die Testatrice nicht schreiben kann, so wurden als Zeugen herbeigerufen die Herren Kaufmannn Julian A... und Fleischer Robert B... Sie sind im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte und haben die Eigenschaft von Instrumentszeugen. In ihrer Gegenwart erklärt Frau K., daß die vorstehende Verhandlung, welche ihr Testament enthalte, ihr vorgelesen worden sei, und daß sie dieselbe im ganzen Umfange genehmige, worauf die Zeugen diese Verhandlung unterzeichneten;

daß aber außer der nun folgenden Unterzeichnung der beiden Zeugen keine Handzeichen der Wittwe K. unter der Verhandlung sich vorfinden, auch in derselben nicht angegeben ist, daß und warum solche Handzeichen nicht gemacht worden seien. Erst nach Publication des Testamentes ist von den Gerichtsdeputirten, welche dasselbe aufgenommen hatten, eine

Digitized by Google

amtseidliche Versicherung des Inhaltes unter den Publications-Vermerk gesetzt worden: daß die Wittwe erklärt habe, zu schwach zu sein, um auch nur Handzeichen unter das Protocoll setzen zu können.

Den Mangel dieser Handzeichen, resp. den Mangel einer, vor den beiden Testamentszeugen von der Testatrice abgegebenen Erklärung über ihre Unfähigkeit zur Niederschreibung von Handzeichen, halten Kläger für einen wesentlichen, unter Berufung auf §§. 104. und 116. Tit. 12. Thl. I. A. L. R., wie auf das Ober-Tribunals-Präjudiz 491., doch kann ihnen nicht beigepflichtet werden.

Der §. 104. a. a. O. bestimmt zwar, daß, wenn der Testator seine Verordnung mündlich zum Protocoll erklären will, der Richter alles beobachten muß, was nach Vorschrift der Proceß-Ordnung zu einem gerichtlichen Protocolle erfordert wird, aber die folgenden Paragraphen enthalten noch nähere Anweisungen in dieser Beziehung, und zwar vom §. 115. an Verordnungen darüber, was bei Testamenten solcher Personen, die des Schreibens unkundig sind, zu beobachten ist. Diese lauten dahin:

§. 115. In allen Fällen, wo der Testator das Protocoll über die Erklärung seines letzten Willens, oder dessen Uebergebung, es sei aus welcher Ursache es wolle, nicht selbst unterschreiben kann, muß das Handzeichen desselben durch zwei dabei zugezogene glaubwürdige Männer bezeugt werden.

§. 116. Diese Zuziehung und Unterschrift zweier Zeugen ist auch alsdann erforderlich und hinreichend, wenn der Testator auch nur ein bloßes Handzeichen beizufügen nicht im Stande wäre.

Hierauf folgen Bestimmungen über die Personen, welche als

Digitized by Google

Testamentszeugen zugelassen werden dürfen, und über deren Befähigung, und schließlich schreibt §. 122. vor:

> Auch kommt es nicht darauf an, ob die Zeugen von dem Testator oder vom Richter gewählt worden, und es ist genug, daß sie nur alsdann gegenwärtig sind, wenn der Testator sein Handzeichen beifügt, oder, im Falle er dazu nicht im Stande wäre, auch nur im Allgemeinen erklärt, daß ihm das Testament vorgelesen worden sei und er den Inhalt desselben genehmige.

Nach diesen Festsetzungen soll also der Schreibensunkundige in Gegenwart der Testamentszeugen die Handzeichen unter die Verhandlung setzen, und die Zeugen sollen diese Handzeichen beglaubigen (§. 115.); aber, wenn jener zur Beifügung solcher Zeichen nicht im Stande ist, wird doch nur gefordert, daß dann die beiden Zeugen das Protocoll unterschreiben, und §. 122. fügt dem nur noch hinzu, daß der Testator in diesem Falle, in Gegenwart der Zeugen, im Allgemeinen erklären müsse, daß ihm das Testament vorgelesen worden sei und er den Inhalt desselben genehmige.

Diese Erklärung hat die Testatrice vor den Zeugen abgegeben, und von den Zeugen ist hierauf das Protocoll unterschrieben worden; es fehlt also nichts an den ausdrücklich gebotenen Erfordernissen zur Gültigkeit des Testaments. Die Imploranten stellen nur noch ein weiteres Erforderniß auf, indem sie behaupten, es hätte in dem Protocolle auch die Erklärung der Testatrice niedergeschrieben werden sollen, daß sie zur Beifügung von Handzeichen nicht im Stande sei, und daß sie diese Erklärung vor den Zeugen abgegeben habe. Eine solche Bestimmung fehlt indessen in den bisher angeführten Gesetzstellen und sie findet sich zwar in anderwärts gegebenen Vorschriften über die gerichtliche Verhandlung mit Schreibens unkundigen Personen, die in der Nichtigkeits-

Digitized by Google

Beschwerde auch als verletzt bezeichnet sind, aber hier nicht verletzt sein können, weil sie nur Verträge oder andere Actus inter vivos betreffen, und hinsichts dieser die Cabinets-Ordre vom 20. Juni 1816 (Ges. S. S. 203.) ganz allgemein angeordnet hat, daß es der Zuziehung eines glaubhaften Mannes bei Verhandlungen mit solchen Personen, welche des Schreibens und Lesens unerfahren sind, nicht bedarf, sobald die Verhandlung von dem Richter, unter Zuziehung eines vereideten Protocollführers aufgenommen wird. Auf Errichtung von Testamenten, bei denen stets zwei Gerichtspersonen thätig sind, passen daher jene Vorschriften nicht (§§. 45. 46. Tit. 2. Thl. II. A. G. O.) und es kommt bei Testamenten überhaupt lediglich auf Beobachtung der für sie speciell gegebenen Bestimmungen an. Wenn nun diese, wie schon erwähnt ist, in den §§. 116. und 122. in dem Falle, wo der Testator auch keine Handzeichen beizufügen vermag, nichts weiter verlangen, vielmehr es für hinreichend erklären, daß zwei Zeugen zugezogen werden, vor denen jener im Allgemeinen die Erklärung abgiebt, daß ihm das Testament vorgelesen worden sei und er dessen Inhalt genehmige, und da dies hier geschehen, so ist hiermit dem Gesetze genügt. Man kann zugeben, daß es zur größeren Vollständigkeit der Testamentsverhandlung gedient hätte, wenn in derselben nicht bloß angeführt worden wäre, daß die Wittwe K. des Schreibens unkundig gewesen, sondern auch, daß sie selbst zur Verrichtung von Handzeichen sich zu schwach erklärt habe; aber diese Unterlassung kann, da dem Richter nicht zur Pflicht gemacht ist, eine solche Bemerkung in das Protocoll aufzunehmen, nicht das Testament ungültig machen, weil diese Folge, nach §. 139. Tit. 12. Thl. I. A. L. R., nur dann eintritt, wenn eine der in den vorangegangenen §§. 66—138. das. wirklich gegebenen Bestimmungen über

Digitized by Google

die Form der Testamente verletzt worden, dies auch dem allgemeinen Grundsatze der §§. 40. 41. Tit 3. Thl. I. A. L. R. entspricht, wonach nur Verabsäumung solcher Vorschriften über die Form einer Handlung, welche das Gesetz ausdrücklich zu ihrer Gültigkeit erfordert hat, dieselbe ungültig machen könne. Wesentlich ist daher nur, daß die Form beobachtet werde, welche das Gesetz in dem Falle vorschreibt, wo der Testator seine Handzeichen dem Protocolle unterzusetzen nicht fähig war; ist aber diese Form zur Anwendung gebracht worden, so muß angenommen werden, daß dies nach Lage des Falles nöthig gewesen sei, wenn dies auch, nicht noch ausdrücklich bemerkt worden ist.

Auf das Präjudiz 491. endlich dürfen die Imploranten sich nicht berufen, weil dies einen anderen Fall betrifft. Es waren damals zwar am Schlusse des über die Errichtung des Testaments aufgenommenen Protocolls Handzeichen gesetzt, diese aber nicht in Gegenwart der Testamentszeugen gemacht worden; das Präjudiz nahm an, es fehle hiernach die gesetzliche Form, durch welche der Beweis geführt werde daß die Zeichen vom Testator hingesetzt worden seien, wenngleich der Testator dies den später herbeigerufenen Zeugen erklärt habe, da die §§. 115. und 122. ausdrücklich verlangten, daß, wenn der Testator nicht schreiben, wohl aber Handzeichen machen könne, dies in Gegenwart von zwei Zeugen geschehen müsse. In den Gründen des Erkenntnisses, welches dem Präjudize zum Grunde liegt, ist selbst bemerkt, daß in dem Falle, wo der Testator keine Handzeichen beifügen könne, es genüge, wenn er vor den Zeugen die Erklärung abgebe, daß das Protocoll ihm vorgelesen worden sei und er dessen Inhalt genehmige.

Digitized by Google

III.

Präjudicien.

a) in Civil-Sachen.

№ 2751. Siehe S. 1. dieses Bandes.

№ 2752. Siehe S. 225. dieses Bandes.

№ 2753. Siehe S. 336. dieses Bandes.

b) des Senats für Straf-Sachen.

№ 314. 19. October 1867. Plenum. Zu dem Str. G. B. §. 126. und der Rheinischen Straf-Proceß-Ordnung. Art. 75.

Der §. 126. des Str. G. B. findet auf die vor dem Rheinischen Untersuchungs-Richter nach Art. 73. bis 75. der Rheinischen Straf-Proceß-Ordnung abgelegten Zeugnisse keine Anwendung.

№ 315. 28. März 1868. Plenum. Zu dem Gesetze vom 3. Mai 1852. Art. 5.

Der Angeklagte, welcher in der gerichtlichen Untersuchung noch nicht vernommen und in erster Instanz in contumaciam verurtheilt ist, kann in zweiter Instanz die Einrede der örtlichen Incompetenz des ersten Richters noch vorbringen.

Digitized by Google

Register.

I. Sachregister.

Abschätzungskosten im Concurse, wenn solche auf Grund des §. 157. der Concurs-Ordnung entstanden, fallen der Gemeinmasse und nicht der Kaufgeldermasse zur Last . . . . . *No.* 52. S. 441.

Aftermiether, wenn der Vermiether die Aufnahme eines solchen unbedingt versagt, steht dem Miether das Recht zur Kündigung zu *No.* 16. S. 161.

Agnaten und Mitbelehnte, deren Recht im Hypothekenbuche nicht eingetragen ist, können die Veräußerung des Lehns an einen anderen Agnaten und Mitbelehnten anfechten . . . . . *No.* 11. S. 113.

Alimentationspflicht der Ehefrau in Ansehung des Ehemannes folgt aus der Pflicht der Eheleute zur wechselseitigen Unterstützung *No.* 22. S. 220.

Analphabeten, müssen auch die Protocolle außergerichtlicher Beamten nach den Vorschriften der Gerichts-Ordnung unterzeichnen s. a. Testament. *No.* 7. S. 85.

Anfechtungsklage, dieselbe ist zulässig gegen eine Entsagung der Erbschaft aus der revidirten Willkühr der Stadt Burg vom 3. Februar 1698 in fraudem creditorum . . . . . *No.* 48. S. 411.

Anfechtungsrecht, s. Scheingeschäft.

Anmeldungsfrist, dem Vormunde eines Zuchthaus-Sträflings läuft sie bei den Rechtsmitteln zwölf Wochen . . . . *No.* 47. S. 409.

Ansiedelung, neue, deren Regulirung durch die Verwaltungsbehörde bezieht sich nicht auf Gegenstände des Privatrechts . *No.* 7. S. 85.

Appellations-Instanz, in derselben kann ein Rechtseinwand, welcher sich auf schon in erster Instanz angeführte Tathsachen gründet, noch bei der mündlichen Verhandlung angebracht werden *No.* 46. S. 405.

Armenpflege, die Verpflichtung zu derselben hört für den bisherigen Armenpflege-Verband auf, wenn durch Veränderung des Gemeindebezirks der Arme in einen anderen Armenverband übergegangen ist. s. a. Charité-Krankenhaus. *No.* 40. S. 370.

Digitized by Google

Armenpflege, die der Grundherrschaft obliegende Verpflichtung ist in Schlesien nicht abhängig von der Ausübung der Gerichtsbarkeit. *No.* 42. S. 385.

Aushang, s. Publication.

Bauanlagen, s. Verjährung.

Besitz, s. Erbpächter.

Burg, Stadt, s. Anfechtungsklage.

Cession, s. Intercession, Hypothekenschuld, Einwendungen.

Charité-Krankenhaus zu Berlin, dasselbe kann sich wegen der Curkosten nicht an eine Gemeinde aus dem Grunde halten, weil dort der juristische Wohnsitz des Kranken ist, sondern an die Gemeinde, in welcher der Kranke die Angehörigkeit bezüglich der Armenpflege hat. *No.* 41. S. 377.

Codicill, durch ein im Testamente vorbehaltenes Codicill darf die Erbeseinsetzung nicht geändert werden, eine Aenderung derselben ist aber die der Erbquoten . . . . . *No.* 9. S. 102.

Collision zwischen Eigenthum und Hypothek, s. hypothekarische Eintragung.

Compensation, s. Einwendungen.

Concurs, s. Hypothekenbestellung, Vormund, Abschätzungskosten.

Consolidations-Princip, s. Gütergemeinschaft.

Defecten-Beschluß, zur Provocation gegen denselben auf rechtliches Gehör bedarf der zur Zuchthausstrafe Verurtheilte der Genehmigung seines Vormundes . . . . . *No.* 45. S. 399.

Deichverband, s. Expropriation.

Ehefrau, s. Alimentationspflicht.

Eheleute, s. Vermögens-Auseinandersetzung.

Ehescheidungs-Urtel, ein rechtskräftiges kann unter Umständen, in soweit es über die Art der Vermögens-Auseinandersetzung bestimmt, doch nicht als Judicat gelten . . . . . *No.* 21. S. 209.

Einpfarrung evangelischer Einwohner zu einer benachbarten evangelischen Kirche, dazu war im jetzigen Großherzogthum Posen die vormalige polnische General-Synode der beiden evangelischen Kirchen befugt. *No.* 34. S. 305.

Einwand, s. Appellations-Instanz.

Einwendungen, dieselben, wenn sie aus dem Hypotheken-Instrumente selbst hervorgehen, muß der Cessionar einer eingetragenen Forderung sich gefallen lassen . . . . . *No.* 14. S. 145.

Erbeseinsetzung, s. Codicill.

Erbpachtgerechtigkeit, dieselbe ist durch das Gesetz vom 2. März 1850 nicht in Eigenthum verwandelt, wenn der Erbpächter die Ersitzung derselben vor dem Gesetze zwar angefangen aber noch nicht vollendet hatte . . . . . *No.* 15. S. 152.

Erbpächter, wenn derselbe durch das Gesetz vom 2. März 1850 das Eigenthum des Erbpachtstücks nicht erlangt hat, ist doch dadurch sein unvollständiger Besitz noch nicht geändert . . . *No.* 15. S. 152.

Digitized by Google

Erbrichtergut, s. Parcellirung.

Erbschafts-Entsagung, wenn eine solche eine Erbschaft in Preußen betrifft, aber in Frankreich abgegeben ist, so entscheidet das preußische Recht über die Gültigkeit ihrer Form . . . . . *No.* 4. S. 49.

Expropriation zu Deichzwecken, die Prüfung der Gesetzmäßigkeit derselben ist zum Rechtswege nicht geeignet, und bei der Bestimmung der Höhe des Werths entscheidet der Zeitpunkt der Enteignung. *No.* 36. S. 325.

Fensterrecht, der Art. 13. Tit. 12. Bd. 3. des Lübischen Rechts bezieht sich nicht bloß auf Bauten auf oder unmittelbar an der Grenze. *No.* 2. S. 34.

Form des Vertrages, s. Vertrag.

Frachtführer, dessen Verhaftung für Verlust und Schaden am Frachtgute . . . . . *No.* 31. S. 286.

Gesellschafter, s. Zahlung.

Gesinde und Hausofficianten müssen die Vermittelung der Polizeibehörde nachgesucht haben, bevor sie wegen verweigerter Annahme auf Entschädigung klagen können . . . . . *No.* 26. S. 256.

Gewährleistung, s. Interception.

Gewerkschafts-Beschluß, Umfang des Widerspruchsrechts eines Gewerken gegen denselben . . . . . *No.* 39. S. 363.

Grenzzaun, wenn derselbe das Grundstück von der freien Feldflur abgrenzt, braucht der Eigenthümer ihn nicht zu erhalten oder herzustellen . . . . . *No.* 3. S. 43.

Gütergemeinschaft, s. Scheingeschäft, Pflichttheils-Klage.

Gütergemeinschaft, in der Paderborn'schen findet beim Ableben des einen Ehegatten nicht das Consolidations-Prinzip, sondern das Condominial-Prinzip Anwendung, und bei Vermögensübertragungen wird der Werth des Schichttheils nach der Zeit des Abtretungsvertrages berechnet . . . . . *No.* 18. S. 170.

— in der fortgesetzten ist nach der Pommerschen Bauer-Ordnung der überlebende Ehegatte nicht ohne Zuziehung der Gütergemeinschaftsgenossen die Grundstücke zu veräußern befugt *No.* 19. S. 184.

Handels-Gesellschaft, s. Zahlung.

Hausofficianten, s. Gesinde.

Hypothek, s. Präclusion.

Hypothekarische Eintragung einer Forderung kann, wenn dem Gläubiger zur Zeit der Anmeldung, der von seinem Schuldner einem Dritten gewährte Titel zum Eigenthume des Grundstücks bekannt war, diesem Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden. *No.* 6. S. 70.

Hypothekenbestellung, vor der Zahlungseinstellung im Concurse und deren Anfechtbarkeit . . . . . *No.* 51. S. 436.

Hypotheken-Capitalien, auch Nebenbestimmungen über deren Zahlung, welche erst nach der Eintragung verabredet worden, brauchen nicht eingetragen zu werden . . . . . *No.* 12. S. 131.

Digitized by Google

Hypotheken-Schuld, dem Cessionar einer solchen kann der Einwand der Minderjährigkeit des Schuldners, wenn er solche beim Erwerbe nicht gekannt hat, nicht entgegengestellt werden. *No.* 13. S. 139.

s. a. Einwendungen.

Insinuation, s. Publication.

Intercession, als solche ist es nicht anzusehen, wenn eine Ehefrau bei der Cession einer Hypothekenforderung die Gewährsleistung verspricht . . . . . *No* 10. S. 108.

Judicat, durch eine Verurtheilung in denselben zur Leistung einer Handlung wird der Gegentheil noch nicht verpflichtet, diese Handlung zu dulden . . . . . *No.* 43. S. 389.

— s. Ehescheidungs-Urtel.

Kaufgelderbelegungs-Verfahren, Befriedigung des Anspruchs auf fortlaufende Hebungen von unbestimmter Dauer. *No.* 50. S. 429.

Kirchen-Patronat, die Trennung der Lasten von den Rechten des Patronats ist zulässig . . . . . *No.* 35. S. 318

Kündigung, s. Verjährung durch Nichtgebrauch.

Lübisches Recht, s. Verjährung, Fensterrecht.

Nebenbestimmungen, s. Hypotheken-Capitalien.

Notariats-Instrument, es ist keine Nichtigkeit, wenn die Versicherung, daß den Instruments-Zeugen keine Einwände entgegenstehen, nicht von dem Notar selbst abgegeben worden . *No.* 54. S. 454.

Paderborn, s. Gütergemeinschaft

Parcellirung eines Gutes, auf welchem die Verpflichtung zur Verwaltung des Schulzen oder Dorfrichteramtes lastet; wenn über die Tragung der Kosten dieser Verpflichtung im Vertrage Abreden getroffen worden, so sind dieselben unter den Contrahenten gültig obgleich solche von der Behörde nicht bestätigt worden. *No.* 28 S. 257.

Pfandcontracts-Klage, s. Verjährung durch Besitz.

Pflichttheils-Klage, dieselbe findet gegen Vermögens-Uebertrags-Verträge, welche in Westphalen von in Minden-Ravensbergscher Gütergemeinschaft lebenden Eltern mit einem Kinde geschlossen sind, nicht Statt . . . . . *No.* 12. S. 247.

Polizei-Behörde, s. Gesinde.

Pommern, s. Verjährung, Fensterrecht, Gütergemeinschaft, Stempelpflichtigkeit.

Posen, Großherzogthum, s. Einpfarrung.

Präclusion, unbekannter Inhaber einer Hypothek nach erfolgtem Aufgebote einer Kaufgelder Specialmasse. . . . . *No.* 53. S. 445.

Processe, s. Suspension der Civilprocesse.

Proceßkosten, dieselben muß der Vater für seine unter väterlicher-Gewalt befindlichen minderjährigen Kinder bezahlen *No.* 24. S. 242.

Procura, Beschränkungen ihres Umfangs haben Dritten gegenüber keine Wirkung . . . . . *No.* 29. S. 277.

Provocation auf rechtliches Gehör, s. Desecten-Beschluß.

Digitized by Google

Publication von Erkenntnissen durch öffentlichen Aushang. *No.* 53. S. 445.

Rechtseinwand, s. Appellations-Instanz.

Rechtsweg, s. Expropriation.

Res judicata, s. Judicat.

Scheingeschäft, die Anfechtnng eines solchen über das gütergemeinschaftliche Vermögen bleibt der Ehefrau auch dann unverschränkt, wenn der Ehemann sich zum Scheine hat verklagen und verurtheilen lassen . . . . . *No.* 18. S. 170.

Schichttheil, s. Gütergemeinschaft.

Schlesien, s. Armenpflege.

Schreibensunkundige, s. Analphabeten, Testament.

Schuldschein, s. Verjährung durch Nichtgebrauch.

Schulzen-Amt, zur Besoldung desselben ist die Gutsherrschaft als Inhaberin der örtlichen Polizeigewalt beizutragen verpflichtet. *No.* 27. S. 260.

s. a. Parcellirung.

Schulzengut, s. Parcellirung.

Stempel von einer nicht mehr vorhandenen Kaufpunctation. *No.* 37. S. 336.

Stempelpflichtigkeit einer Pommerschen Pfandbriefverschreibung. *No.* 38. S. 352.

Suspendirte Stellen des Allg. Landrechts in der Mark Brandenburg sind §§. 2. 19. und 20. Thl. II. Tit. 2. *No.* 23. S. 225.

Suspension der Civilprocesse im Kriege 1866 betrifft alle mobilen, wenn auch nicht im Felde stehenden Truppen *No.* 44. S. 394.

Testament, dessen Unterschrift und Ueberschrift, wenn es dem Gerichte verschlossen übergeben worden . . . . . *No.* 8. S. 96.

— für ein solches, welches ein Preuße, dessen Wohnsitz im Gebiete des Allg. Landrechts sich befindet, im Auslande errichtet hat, entscheidet in Ansehung der Form die Rechtsregel: locus regit actum. *No.* 56. S. 475.

— eines Schreibensunkundigen gilt, wenn er kein Handzeichen beigefügt, aber vor den zugezogenen Zeugen erklärt hat, daß ihm das Testament vorgelesen worden und er dessen Inhalt genehmige. *No.* 57. S. 486.

Todeserklärungs-Urtel, der Tag der Publication wird als Tag der Rechtskraft angesehen, wenn ein Rechtsmittel nicht eingelegt worden *No.* 4. S. 49.

Ueberschrift, s. Testament

Unehelichkeit, s. Vaterschaft.

Unterschrift. s. Testament.

Vaterschaft, der Beweis wider dieselbe und der Unehelichkeit eines in der Ehe geborenen Kindes, kann auch durch einen nothwendigen Eid ergänzt oder widerlegt werden . . . . . *No.* 23. S. 225.

Väterliche Gewalt, s. Proceßkosten.

Digitized by Google

Verjährung durch Nichtgebrauch, und zwar die kurze des Gesetzes vom 31. März 1838, wird durch die Ausstellung eines Schuldscheins über die Forderung, deren Fälligkeit und Verzinsung nicht ausgeschlossen. Sie läuft auch von dem Ablaufe der Frist, in welcher die Kündigung zuerst möglich war . . . . . *No.* I. S. 1.

Verjährung, von Jahr und Tag des Lübischen Rechts bei Bauanlagen, besteht nicht bloß in einer Erlöschung des Widerspruchsrechts, sondern auch in einer Ersitzung zu Gunsten des Bauenden *No.* I. S. 23.

— durch Besitz durch dieselbe, und zwar titulo pro herede, geht auch die Klage aus dem Pfandcontracte auf die Rückgabe des Pfandes verloren . . . . . *No.* 5. S. 61.

— s. Erbpachtgerechtigkeit.

— s. Wechselverjährung.

Vermögens-Auseinandersetzung, geschiedener Eheleute. *No.* 20. S. 197

s. a. Ehescheidungs-Urtel.

Vermögen-Uebertrag-Verträge, s. Pflichttheils-Klage.

Vertrag, die zu dessen Gültigkeit nöthige Form muß nach dem Allg. Landrecht und nicht nach §. 129. Titel 10. Thl. I. der Gerichts-Ordnung beurtheilt werden . . . . . *No.* 7. S. 85.

Verzugszinsen, deren Einklagung ohne Capital . *No.* 55. S. 463.

Vis major, deren Begriff im Sinne des Art. 395. des Handelsgesetz-Buchs . . . . . *No.* 31. S. 286.

Vormund eines Zuchthaus-Sträflings, s. Anmeldungsfrist.

Vormund, in dessen Concurse haben seine Pflegebefohlenen auch dann das Vorzugsrecht, wenn er vom Vater im Testamente unter Befreiung von obervormundschaftlicher Aufsicht ernannt worden. *No.* 49. S. 419.

Vorzugsrecht, s. Vormund.

Wechsel, zu dessen Erfordernissen gehört die bestimmte Summe, und nicht genügend ist die Angabe: „Summe oder Werth" *No.* 49. S. 297.

Wechselverjärung von drei Monaten, wird nach dem vollen Kalender Monat und nicht bloß der Monat zu 30 Tagen berechnet *No.* 33. S. 300.

Westphalen, Provinz, s. Pflichttheils-Klage.

Zäune, s. Grenzzaun.

Zahlung, an einen Gesellschafter, deren Verpflichtung für die Handels-Gesellschaft . . . . . *No.* 30. S. 282.

Zinsen, s. Verzugszinsen.

Zuchthaus-Sträfling, s. Defecten-Beschluß, Anmeldungsfrist.

Digitized by Google

II. Verzeichniß der erläuterten oder zur Anwendung gebrachten Gesetze und Verordnungen.

Allgemeines Landrecht.

Theil I.

		S.
Publications Patent §. VII.		226.
Einleitung §§. 23. 33.		475.
Tit. §§.		
2.	112. 114.	334.
3.	40. 41.	491.
"	42.	475.
"	45. 446 u.	453.
4.	21. 22.	404.
5.	100. 101. 162. ff. 203.	208.
"	111. 148.	475.
"	165. 172. 173. 92. 93.	
7	317.	111.
"	15.	151.
8	69. 5. 9.	156.
"	149. 151—153. 162. 167. 168.	43.
9.	367. 398—400.	49.
"	494. ff.	450.
"	550.	301.
"	613. 614. 617.	61.
"	646. Anh. §. 19.	180.
10.	4—11.	326.
"	25.	70.
11.	427.	108.
"	646. Anh. §. 19.	181.
	Anh. §. 19.	254.

		S.
Tit. §§.		
11.	843. bis 848.	463.
"	873. 874.	265.
12.	5. Anh. §. 35.	102.
"	100—103. 113. 114. 205. 207. Anh. §. 33.	96.
"	100—103. 107. 109. 139.	475.
"	104. 115. 116. 122. 139.	S. 486.
"	656.	248.
13.	150.	277.
14.	200. 221.	108.
16.	300. 301.	151.
17.	12—16.	368.
18.	17. 18. 181. 194. 260. ff. 290—311. 326—330. 421. 577. 665—668.	113.
19.	4. 5.	70.
20.	251. 252.	61.
"	423. ff. S. 133.	139.
"	423. ff. Anh. §. 53. zu §. 511.	145.
"	482. 492. 493.	137.
21.	5. 6. 359.	74.
"	309—312.	161.

Theil II.

		S.
Tit. §§.		
1.	2. 174. 185.	223.
"	187.	246.
"	360. 378.	195.
"	365. ff.	143.
"	380. 387.	166.

		S.
Tit. §§.		
"	665. 771.	55—56.
"	732. 743. 798. 802. 803.	205. ff.
"	743. 745.	210.
"	783. 784.	197.

Digitized by Google

Tit. §§.	S.	Tit. §§.	S.
2. = 1—7. 19. 20.	226.	= = 568. ff 580. 582. 598. 617.	318.
= = 62. 74. 75. 109. 126. 186.	243.	18. = 1. 6. 7. 59. ff. 173. 422. ff 681. 690.	421.
2. = 378. ff.	248.	= = 709.	143.
= = 391. ff. 432. 442.	180.	= = 835. 838. 839.	49.
= = 391. ff. 432. ff.	254.	= = 848. ff.	450.
7. = 46. 72.	260.	19. = 9 11.	378.
8. = 506.	277.		
11. = 293. 743.	305.		

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Art.	S.
43. 44. 46.	277.
= 46. 86. 102 110. 114. 115.	= 282.
= 395.	= 286.
= 607.	= 294.

Allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung.

Art.	S.
4. Nr. 2.	297.
= 32. 78—80.	= 300.

Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Theil I.

Einl. §§.	S.	Tit. §§.	S.
65. 66.	389.	10. = 115.	475.
Tit. §§.		= = 250. 252.	226.
7. = 9. 17. ff. 23. =	378.	13. = 9. 10. 11. 24. 25.	226.
10. = 129. Anh. §§. 68—70.	94.	40. = 51.	214.
Anh. §§. 68. u. 72.	96.		

Concurs-Ordnung.

§§.	S.	§§.	S.
62. 85. 251. 398.	429.	157. al. 3.	441.
= 80.	= 413.	= 249. 396.	= 138.
= 101. Nr. 1.	= 336.	= 405. 413. 446.	450.

Allgemeine Hypotheken-Ordnung.

Tit. II. §§.	S.
96. ff. 213. Nr. 4. 158.	450. = 133.

Strafgesetz-Buch.

§.	S.
11.	401. und 409.

Digitized by Google

Lübisches Recht.

Buch 1. Tit. 8. Art. 2. S. 23.
„ 3. „ 12. „ 3. 7. 13. „ 34.

Römisches Recht.

Digesta.

L. 12. de statu homm (1. 5.)
L. 6. de his qui sui vel alieni juris (1. 6.)
L. 3. §§. 1. 2. l. 34. pr. de jurejurando (12. 8.) } S. 226.
L. 3. §§. 3. 9. 12. de suis et legit. heredibus (38. 16.)
L. 3. pro herede (41. 5.) S. 66.

Code civil.

Art. 784. S. 49.

Einzelne Gesetze, Verordnungen u. s. w. nach der Zeitfolge geordnet.

Jahr. Tag.
1698. 3. Februar. Revidirte Willkühr der Stadt Burg. §§. 56. 57. S. 412.
1747. 14. December. Edict, betr. die Ausrottung der Bettler und Arbeitsscheuen in Schlesien. §. 1. S. 385.
1755. 7. Februar. Minden-Ravensbergsche Dorfordnung. §. 29. S. 177.
1764. 4. August. Lehns-Edict. S. 113.
30. December. Pommersche Bauerordnung. Tit. 4. §. 2. S. 164.
1768. 24. Februar. Actus separatus primus zu dem Warschauer Vertrage, betr. die Dissidenten in Polen. Art. 1. 5. S. 305.
1798. 13. Februar. Gutachten der Gesetzcommission, die Förmlichkeiten der Testamente betreffend. S. 101.
1810. 8. November. Gesinde Ordnung. §§. 47. 48. 160—164. S. 256.
1812. 9. Januar. Cabinets-Ordre, betr. den Vorbehalt des kirchlichen Patronatsrecht für den Staat, bei Veräußerung von Domainen. S. 323.
1814. 9. September. Patent über Wiedereinführung des Allg. Landrechts in die Provinzen jenseits der Elbe. §. 7. S. 484
816. 8. Januar. Verordnung, betr. die eheliche Gütergemeinschaft in den westphälischen Provinzen. S. 178.
30. August. Verordnung, betr. das Ruhen des Patronatrechtes über christliche Kirchen während der Besitzzeit eines jüdischen Gutsbesitzers. S. 323.

Digitized by Google

1816. 9. November. Patent wegen Wiedereinführung des Allg. Landrechts in Westpreußen, §. 7. und in Posen §. 8. S. 484.
1817. 18. März. Königliche Cabinets-Ordre, betr. die Remuneration der Ortsschulzen. S. 266.
1822. 7. März. Stempelsteuer-Gesetz.
Tarifposition: Punctationen über inländische Grundstücke. S. 336.
Tarifposition: Schuldverschreibungen. S. 352.
1825. 21. Juni. Patent wegen Einführung des Allg. Landrechts in das Herzogthum Westphalen. §. 18. S. 485.
1830. 7. September. Regulativ für die Verwaltung der Charité in Berlin. §. 7. S. 377.
1833. 24. October. Instruction zur Ausführung der Verordnung vom 1. Juni 1833. §§. 29. 45. S. 405.
1834. 4. März. Verordnung über die Execution in Civil-Sachen §. 9. S. 389.
19. Juni. Königl. Cabinets-Ordre, betr. die Stempelpflichtigkeit der Punctationen. S. 336.
1837. 8. Mai. Gesetz über die persönliche Fähigkeit zur Ausübung der Rechte der Standschaft und des Patronates S. 324.
1838. 31. März. Gesetz wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen §§. 10. u. 5. S. 1.
— 5. Mai. Verordnung über die Insinuation der richterlichen Erkenntnisse. §. 9. S. 445.
— 21. October Verordnung über das Aufgebot von Specialmassen, nach erfolgter Subhastation S. 446.
1839. 6. April. Declaration der Verordnung vom 14. Dezember 1835 über Revision und Nichtigkeitsbeschwerde. Art. 13. S. 410.
1840. 16. Januar. Königl. Cabinets-Ordre, betr. die Stempelpflichtigkeit der Vergleiche u. s. w S. 352.
— 28. April. Instruction für die Schiedsmänner S. 352.
1842. 31. December. Gesetz über die Armenpflege.
§§. 1. 4. S. 378.
„ 1. 3. 4. 25. 26. S. 371.
„ 7. S. 385.
1844. 24. Januar. Verordnung über die Festsetzung und den Ersatz der Cassendefecte. §. 16. S. 399.
1845. 3. Januar. Gesetz, betr. die Zertheilung von Grundstücken.
§§. 7. 16. 18. 23. S. 266.
„ 10. S. 95.
„ 25—29. S. 86.
— 11. Juli. Gesetz über die Aufnahme der Notariats-Instrumente. §§. 5—10. 41. 42. S. 454.
1846. 21. Juli. Verordnung über den Civilproceß. §§. 7. 8. S. 405.
— 7. August. Declaration des Gesetzes über Zertheilung von Grundstücken vom 3. Januar 1845. S. 268.
1848. 28. Januar. Gesetz über das Deichwesen. §. 20. S. 326.

Digitized by Google

1850. 24. Februar. Gesetz, betr. Abänderungen des Gesetzes vom 3. Januar 1845 über Zertheilung von Grundstücken S. 86. und 268.
— 2. März. Gesetz, betr. die Ablösung der Reallasten u. s. w. §. 2. Nr. 2. §. 91. S. 153.
— 11. März. Gesetz über die Polizeiverwaltung §. 2. S. 266.
1852. 24. November. Gesetz zur Erwägung des Gesetzes über die Zertheilung von Grundstücken S. 268.
1853. 24. Mai. Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes vom 3. Januar 1845 über Zertheilung von Grundstücken §. 15. S. 92.
— — Gesetz, betr. Abänderungen der Hypotheken-Ordnung. §. 10. S. 352. §. 29. S. 131.
— 3. August. Ministerial-Instruction zur Ausführung der Hypotheken Novelle vom 24. Mai dess. J. Art. 7. Nr. 2. Art. 17. Nr. S. 135.
— 14. November Allgemeine Bestimmungen für zu erlassende Deichstatute. §§. 21. 23. S. 326.
1855. 9. Mai. Gesetz, betr. die Anfechtung der Verträge überschuldeter Personen. §. 5. Nr. 2. S. 411.
— 21. Mai Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Armenpflege, vom 31. December 1842. Art. 3. S. 371.
1856. 14. April. Gesetz, über Abänderung von Art. 42. u. s. w. der Verfassungs-Urkunde. S. 263.
— Gesetz, betr. die ländlichen Ortsobrigkeiten in den östlichen Provinzen der Monarchie §. 21. S. 263.
1857. 26. October. Revidirtes Reglement der Pommerschen Landschaft. §§. 162. 163. S. 352.
1860. 16 April. Gesetz betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westphalen. §. 3. Abs. 3. S. 252. §§. 4. 10. 15. 17. = 179. §. 16. = 182.
1861. 25. März. Declaration, betr. die Dispositionsbefugniß des überlebenden Ehegatten, während der communio prorogata in Paderborn-Minden. u. s. w. S. 171.
— 24. Mai. Gesetz betr. die Erweiterung des Rechtsweges. §§. 11—14. S. 336.
1865. 24. Juni Berggesetz §§. 115. 116. 120. S. 363.
1866. 2. Juli. Verordnung, betr. die Einstellung des Civilproceß-Verfahrens gegen Militairpersonen. §§. 1. 2. 11. 12. S. 394.

Digitized by Google

Berichtigungen.

S.	14	Z.	5. v. u. ist zu lesen: des Plenar-Beschlusses vom 3 März 1862. Präj. Nr. 2720.
"	23.	"	4. u. Z. 11. l. Tit. 8. Art. 2.
"	24.	"	4. l. 1867.
"	"	"	7. l. Tit. 8.
"	34.	"	10. l freie.
"	96.	"	8. ist habe zu streichen.
"	111.	"	ist hinter Grenzen einzuschalten: der Verpflichtung.
"	127.	"	9. v. u. l. revocatio st revocatis.
"	142.	"	8. v. u. l. juris.
"	197.	"	3. u. 4. ist zu lesen: Bedingte und bloß eventuelle, auf die Lebensdauer des schuldigen Theils beschränkte Rechte desselben.
"	203.		ist am Schlusse der Z. 8 v. u. beizufügen: Tit. 4. Thl. I. A. L. R.
"	220.	"	5. l. Tit. 1. st. 2.
"	206.	"	5. l Einwohner st. Confessionen.

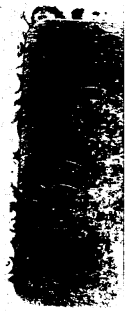
E. E. G. M.
1/Lyf 02

Druckpolizeilich verantwortlich: A. Danz in Berlin.

Druck von C. A. Schlemenz u. Co. in Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google